

مجلة
كلية الشريعة والقانون
بأسبوط

العدد الثامن
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بأسيوط

مجلة
كلية الشريعة والقانون

العدد الثامن
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

رئيس مجلس إدارة المجلة
د عبد الشافي علي جابر
عميد الكلية

مدير التحرير
د حسين عبد المجيد حسين

رئيس التحرير
د محمد فتوح محمد عثمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين
وعلى آله وصحبه أجمعين •

وبعد

فإننا نسجد لله سبحانه وتعالى شكراً أن وفقنا لإخراج العدد
الثامن من مجلة كلية الشريعة والقانون فرع أسيوط •

ونرجوا أن ينال الرضا من قارئه وأن يجد فيه ما يشفى غليله من
أحكام الشريعة الإسلامية في أمور حياته كما أتوجه بالشكر للسادة
الباحثين والمساهمين في إخراج هذا العدد طالبين من المولى عز وجل
الأجر والثوبة أنه غنى جواد •

والله ولي التوفيق،،،

١٠٠٠ د. عبد الشافي على جابر

بحوث في الجهاد دراسة فقهية مقارنة

(٣)

إعداد / عبد الشافي علي جابر
عميد الكلية

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله .
ونصلي ونسلم على سائر أنبيائه ورسله الذين حملوا أمانة
الهداية الى عباده ، وتبليغ أوامره ونشر شرائعه ... ونخص سيدنا
وهو إنا (محمد بن عبد الله) أمام النبيين • وخاتم المرسلين • وقائد
المجاهدين • وأتسجع المقاتلين — صلى الله عليه وسلم — وعلى آله
وأصحابه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين •

وبعد ...

فقد أكدت العزم على الكتابة في موضوع (الجهاد) حتى
أستوفيه • وقد تكلمت في العدد السادس لهذه المجلة عن : تعريفه ،
وسبب مشروعيته ، وأنواعه • وحكم كل نوع كما تكلمت في العدد
السابع عن شروط وجوبه ، وحكم الدعوة الى الاسلام قبل القتال ،
والاستعانة بالكفار فيه ... وهنا أذكر بعض الأحكام المتعلقة به •

سائلا المولى تعالى أن يوفقني الى مواصلة المسيرة فانه جلت
قدرته نعم الموفق ونعم المعين •

المبحث الثالث :

حكم الفرار عند لقاء الأعداء ، وآداب القتال في الاسلام ، وأسباب النصر فيه .

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : حكم الفرار عند لقاء الأعداء .
- المطلب الثاني : آداب القتال في الاسلام .
- المطلب الثالث : أسباب النصر في الاسلام .

المطلب الأول

حكم الفرار عند لقاء الأعداء

تمهيد :

إن الله سبحانه وتعالى حث النفس الانسانية على الجهاد في سبيله ، وجببه اليها إذا فقد أمر بالمثبات عند لقاء العدو • لأنه من أجل العوامل التي تساعد على الانتصار وهو دليل واضح على قوة الروح المعنوية التي هي الدافع القوي على القتال والاستبسال وقد انتصر المسلمون الأوائل في كل غزواتهم بهذه الروح التي يبعثها الايمان في نفوس المجاهدين فتتضاعف امكانياتهم الحربية ، وقدراتهم على مواجهة الأعداء (١) كما حذر من الفرار لأنه يؤدي الى الهزيمة ويوهن القوى • فهو اذن كبير المفسدة ، سييء العاقبة لأن الفنان كالحجر يسقط من البناء فينهار ويختل نظامه ولذلك فإن الشارع الحكيم جعل الفرار من الكبائر الممنوعة عنها حيث قال :

« يا أيها الذين آمنوا اذا لمقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير » (٢) •

وقال النبي — عليه الصلاة والسلام — « اجتنبوا السبع الموبقات ... » وذكر منها « والتولي يوم الزحف » (٣) •

(١) آيات الجهاد في القرآن الكريم ص ١٢٥ د. كامل الدقن

(٢) سورة الأنفال الآيتان ١٥ ، ١٦ •

(٣) أخرجه البخاري (١٩٣/٢ ، ٣٦٣/٤) ومسلم ٦٤/١ وأبو داود

٢٨٧٤ والنسائي ١٣١/٢ والبيهقي في السنن ٧٦/٩

راجع ارواء الغليل في تخریج احاديث منار النبيل ج ٥ ص ٢٥

للأبائي ط • الأولى • بيروت ، نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٥٢ للشوكاني •

ومناء على هذا :

فقد اختلفت كلمة الفقهاء في حكم الفرار عند لقاء الأعداء على قولين :

المقبول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء : (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)
وجماعة (٤) إلى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء (٤) .
واشترطوا لذلك شرطان (٥) :

الشرط الأول :

أن يبلغ عدد المسلمين النصف من عدد الكفار كما في مسألتين ،
ومسألتين لأربعمائة وهكذا .

للشرط الثاني :

ألا يقصد بالفرار التحيز (٦) إلى فئة ، أو التحريف (٧) للقتال .

(٤) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٣٠٦ للكاساني ، فتح القدير ج ٥
ص ٤٣٩ لكمال بن الهمام ، بداية المجتهد ج ١ ص ٢٢٩ لابن رشد ،
جواهر الأكليل شرح مختصر خليل ج ١ ص ٢٥٤ ، مغني المحتاج ج ٤
ص ٤٤٠ للخطيب ، المغني ج ٨ ص ٣٤٦ لابن قدامة ، رحمة الأمة في
اختلاف الأئمة ص ٢٩٢ لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الشافعي
ط . الثالثة .

(٥) قوانين الأحكام الشرعية ص ١٥٣ لابن جزى . وكذا المراجع
السابقة ونفس الصفحات .

(٦) التحيز : الانضمام إلى جماعة أخرى من الجيوش للتمكّن معها
على القتال .

(٧) التحريف : أصل التحريف الزوال عن جهة الاستواء إلى الطرف

إدابة هذا القول :

استحل جمهور الفقهاء أولا : على تحريم الفرار عند لقاء الأعداء
بالحرب والسنة .

١ - فالكتاب :

(أ) قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين
كفروا زحفا (٨) فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره » الا مشرقا
لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله . وماواه جهنم
ويئس المصير » .

وجه الدلالة :

يستدل بهاتين الآيتين من وجهين (٩) :

الأول : أن المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين في الآية الأولى

أي الحرف والمراد به هنا الانعطاف عن موقعه الى موقع آخر خدعا للعدو
بالفره مريد الكره والحرب خدعة .

وقال المرداوي : التحرف ، أن ينحاز الى موقع يكون القتال فيه أميكن
وقال الشوكاني : هو أن يرى القتال في غير موضعه أصلح فينتقل اليه
(٨) الزحف : تبعث من جر الرجل كاتبعث البعير اذا أعيا أو هو
الدبيب في السير ، سمي به الجيش الكثيف المتوجه الى العدو لكثرة
وكثافته كأنه جسم واحد يزحف ببطء وان كان سريع السير .

صفوة البيان لمعاني القرآن (تفسير القرآن الكريم) ص ٢٣٦/٢٣٥
للشيخ حسنين مخلوف ط . • الفائلة الكويتية .

(٩) تفسير القرطبي ج ٧ ص ٣٨٠ ، أحكام القرآن لابن الغزالي

ج ٢ ص ٨٤٣ .

عن الفرار عند التقاء الجمعين ، جمع المؤمنين وجمع الكافرين ، والأصل في النهي أن يكون للتحريم ما لم يوجد صارف يصرفه الى غيره ولا صار هنا عنه فدل هذا على تحريم الفرار عند لقاء الكفار .

الثاني : أنه سبحانه وتعالى في الآية الثانية قد توعد الفارين بأشد أنواع الوعيد وهو الغضب في الدنيا والعذاب الأليم في الدار الآخرة ، والتوعد الشديد لا يكون الا على فعل شيء محرم فيكون الفرار حراما .

(ب) وقوله تبارك وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون » (١٠) .

وجه الدلالة :

أن الله تبارك اسمه أم المؤمنين بالثبات عند لقاء الكفار ، وحاربهم ، والأصل في الامر الوجوب ما لم يوجد صارف يصرفه عنه ، ولا صارف هنا فدل هذا على أن الثبات أمام الأعداء واجب فيكون الفرار حراما (١١) .

ثانيا : السنة :

فقد روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١٠) الآية رقم ٤٥ من سورة الأنفال . والفتة : الجماعة من الناس وسميت بذلك لرجوع بعضهم على بعض في التعاضد - صفوة البيان ٢٣٦ (١١) تفسير القرطبي ج ٨ ص ٢٣ .

« اجتنبوا السبع الموبقات (١٢) ، قالوا وما هن يا رسول الله ؟
 قال : الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ،
 وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات .
 المغافات » (١٣) •

وجه الدلالة :

أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قد أمر المؤمنين
 بالثبات وعدم الفرار عند لقاء الأعداء والأصل في الأمر الوجوب فدل
 هذا على وجوب الثبات ، وإذا كان الثبات أمام الأعداء واجبا فيكون
 الفرار عند لقائهم حراما (١٤) •

واستدلوا ثانيا على الشرط الاول :

وهو أن يكون عدد المسلمين على النصف من غزو الكفار
 بدليلين هما :

الأول : الكتاب :

قوله تعالى « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا ، فإن
 يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وإن يكن منكم ألف يغلبوا
 ألفين بإذن الله والله مع الصابرين » (١٥) •

(١٢) الموبقات : أي المهلكات • نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٥٢ •

(١٣) الحديث صحيح وقد سبق تخريجه •

(١٤) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٥٢ للشوكاني •

(١٥) الآية رقم ٦٦ من سورة الأنفال •

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى : قد أمر في هذه الآية أن يكون عدد المسلمين على النصف من عدد الكفار والأمر يقتضى الوجوب فدللت هذه الآية على اشتراط العدد لتحريم الفرار والا كان الفرار مباحا .

الاعتراض :

فإن قيل ان هذه الآية ليست بأمر ، بل هى خبر فقد أخبرنا سبحانه وتعالى ان المائة الصابرة من المؤمنين ستغلب مائتين من الكفار ، وكذا الأغلب منا سيغلب ألفين منهم .

الجواب :

فيجيب عن هذا الاعتراض بأن هذه الآية وان كانت خبرا لفظا فهى أمر معنى ، اذ لو كان المراد بها الخبر لما وقع خلاف الخبر عنه ، لأن الخلف في اخباره تعالى محال ، لكنه وقع ، فقد لا تحصل الغلبة للمسلمين في موطن يكون فيه العدد ضعف عدد العدو ، وبذا يكون المراد بها الأمر لا الخبر واذا كان كذلك ، فلا بد لتحريم الفرار من اشتراط العدد والا كان مباحا (١٦) .

الثانى : قول الصحابة :

فقد روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — أنه قال : « من فر من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فلم يفر » (١٧) فدل هذا على

(١٦) التلمذ لابن قدامة ج ٨ ص ٤٨٣ .

(١٧) أخرجه البيهقى ٧٦/٩ ورواه الشافعى ١١٥٥ راجع : ارواء

الغليل ج ٥ ص ٢٨ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٥٣ وقيل صحيح ارواء

الغليل واسناده صحيح وهو وإن كان موقوفا فله حكم المرفوع .

أن اشتراط العدد شرط لتحريم الفرار عند لقاء الأعداء .

وامتدوا ثالثا :

على الشرط الثانى وهو ألا يقصد بالفرار التحيز إلى فئة أو المتحرف للقتال بالكتاب الكريم وهو قوله تعالى « الا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة » .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى بعد أن نهى المؤمنين عن الفرار أباحه لصنفين اثنين فقط :

الأول : المتحرف للقتال وهو الشخص الذى يفر مكيدة منه وبسرعة للعدو والحرب ضربة كما قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم .

الثانى : المتحيز إلى فئة : وهو الشخص الذى انحاز إلى جماعة المسلمين وانضم اليهم حيث وجد نفسه في مكان لو بقى فيه لقتل فيباح له عندئذ أن ينعطف إلى جماعة المسلمين ليقوى بقوتهم ويتحمس بجماعتهم ، فدللت هذه الآية على اشتراط هذا الشرط والا كان الفرار مباحا (١٨) .

الثانى : ذهب ابن حزم الظاهري (١٩) إلى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء الا في حالتين :

(١٨) تفسير القرطبي ج ٧ ص ٣٨١ ، صفوة البيان لمعاني القرآن

ص ٢٣٦ .

(١٩) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

الأولى : التحيز الى جماعة المسلمين ، والثانية : التحرف للقتال مطلقا أى من غير اشتراط المعو ، فان نوى غير ذلك أى الفرار من لقاء الأعداء فهو فاسق ما لم يتب ويرجع الى الله تعالى .

وبإليه :

واستدل ابن حزم نراه بالكتاب وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار » ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير « (٢٠) » .

وجه الدلالة :

ان المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن الفرار الا في حالتين هما : التحيز والتحرف والأصل فى النهى التحريم فدللت هذه الآية على تحريم الفرار عند لقاء الأعداء الا فى حالتى التحيز والتحرف مطلقا بدون اشتراط عدد معين .

مناقشة أدلة الراى الاول :

ناقش ابن حزم الظاهرى ما استدل به الجمهور على اشتراط العدد من وجهين :

الوجه الاول بالنسبة للكتاب فقال :

ان آية التخفيف « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين » التى استدللتم بها معناها أن

المولى سبحانه وتعالى علم أن فينا ضعفا فخفف عنا ، ولم يقل لنا
 فيها أن الملة لا تغلب أكثر من مائتين ، ولا أن الألف لا تغلب أكثر
 من ألفين ، ومن ادعى هذا في الآية فقد أبطل وادعى ما ليس فيها
 منه أثر ولا إشارة ولا نص ولا دليل بل قال سبحانه وتعالى :
 « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » (٢٢)

الوجه الثاني بالنسبة لقول الصحابي :

فيرد بأن هذا قول صحابي :

والحجة في قول النبي — صلى الله عليه وسلم — لا في قول أحد
 سواء • ورسول الله — عليه الصلاة والسلام — لم يشترط العدد كما
 يدل على ذلك ما تقدم من حديث (٢٣) أبي هريرة مرفوعا « اجتنبوا
 المسبغ الموبقات » إذن فالعدد ليس بشرط •

المراجع :

وبعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلة كل ، وناقشنا ما استدل به
 للجمهور على اشتراط العدد يتبين لنا أن ما ذهب إليه ابن حزم
 الظاهري وهو أنه لا يشترط لتصريم الفرار عند لقاء الأعداء العدد
 هو الأولي بالاتباع ومما يؤيد ذلك أن الأمر في قوله تعالى « يا أيها
 الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا » يوجب الثبات في جميع الأحوال
 أيها كان عدد المسلمين ، وعدد من يقاوتهم لزمه أمر مطلق ، ثم أراد
 الله تعالى أن يضع حدا لهذا الأمر فبين في قوله تعالى « يا أيها النبي

(٢١) الآية رقم ١٧٧ من سورة البقرة •

(٢٢) المحل لابن حزم ج ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ •

(٢٣) انظر ارواء الغليل ج ٥ ص ٢٩ للالباني •

حارِضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ .
وَلَوْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِنْ الْكَافِرِينَ تَكَفَّرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَشْعُرُونَ » (٢٤) .

فيكون الحد الذي يجب الثبات أمامه عشرة أمثال ، إلا أن هذا البيان لم يأت بصيغة الأمر الصريح بل جاء ذلك على صورة الخبر لأن المراد بعث الحمية في أنفس المقاتلين والهاب الغيرة في صدورهم ولا علم الله جل شأنه أن في المقاتلين ضعفا لم يكن موجودا خفف عنهم حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين » فالضعف الحادث هو الذي اقتضى التخفيف ،

وعلى هذا يكون حكم الآية الثانية التخفيف لعارض ، مع بقاء حكم الآية الأولى عند زوال العارض فإذا انتفى الضعف الذي كان سببا في التخفيف كان على المقاتلين حينئذ الثبات أمام الأعداء لعشرة أمثال عملا بنص الآية الأولى ، لأن العشرين في الآية الأولى موصوفة بالصابرين ، وكذلك المائة في الآية الثانية موصوفة بكونها صابرة بمفاتي وجدت صفة الصبر ثبت الحكم الأول لأن الصبر من لوازم القتال ومن أهم أسباب النصر .

فان قيل : إن الآية الثانية ناسخة للأولى : قلنا هذا بعيد ولم يقل بذلك جمهور العلماء (٢٥)

(والله أعلم)

(٢٤) سورة الأنفال الآية رقم ٦٥ .

(٢٥) الجهاد في الشريعة الإسلامية ص ٩٣ ، ٩٤ .

المطلب الثاني

آداب القتال في الاسلام

من القواعد الاسلامية الحكيمة التي بنى أمر القتال عليها تجنب
قتل من لم يقاتل من الأعداء ، اذ المقصود من شرعية القتال اعلان
كلمة الله في الأرض ، والقضاء على ظلمات الشرك عملا بقوله
سبحانه (١) « وقتلواهم حتى تكون فتنة ويكون الدين لله » •

لذا فقد أباح الاسلام قتل كل من صد عن سبيل الله ووقف في
وجه الدعوة الاسلامية وحرم قتل من لم يقاتل من النساء والصبيان
والزمنى والرهبان والأجراء والشيوخ ومن على شاكلتهم فهؤلاء
لا يقتلون لأنهم ليسوا من أهل القتال •

وسنبين أقوال الفقهاء وأدلتهم بشيء من التفصيل على النحو
التالي :

أولا : المرأة والصبي :

(١) في حالة عدم مباشرة القتال من المرأة والصبي :

اتفق الفقهاء (٢) على أنه لا يجوز قتل المرأة ما لم تقاتل وكذا
الصبي الذي لم يبلغ حد التكليف •

(١) سورة البقرة الآية ١٥٣ •

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٢ ، لا إلهي محمد بن عبد الرحمن

الشافعي ط • الثالثة ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٥١ ، بنائية المجتهد ج ١

ص ٣٢٧ ، مفتي المحتاج ج ٤ ص ٢٣٢ ، المفتي لأبن قدامة ج ٨ ص ٤٧٧

المحل لأبن حزم ج ٧ ص ٢٨٦ •

الآية :

واستتلوا لذلك بالبسنة والمعقول :

١ - السنة :

أما السنة فقد اشتملت على عدة أحاديث تدل على عدم جواز قتل المرأة إذا لم تقا تل وكذا الصبي منها :

(أ) ما روى عن أنس - رضى الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : انطلقوا باسم الله ، وعلى ملة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة (٣) •

(ب) ما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أنه قال : وجدت امرأة مقتولة في بعض (٤) مغازى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن قتل النساء والصبيان « (٥) •

(ج) وجاء في رواية رباح بن الربيع قوله - صلى الله عليه -

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ والحديث رواه أبو داود •

(٤) غزوة فتح مكة • زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم ج ٥ ص ٥٤٦ •

(٥) رواه الجماعة إلا النسائى •

راجع : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم ج ٥ ص ٢٤٦ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ ، إرواء الغليل ج ٥ ص ٣٤ ، أحكام الأحكام ج ٢ ص ٣٢١ لابن دقيق العيد ط الأولى - دار الشعب •

وسلم — ما كانت هذه لتقاتل • فلم قتلت (٦) ؟

وجه الدلالة :

لقد نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — في هذه الأحاديث عن قتل النساء والصبيان في حالة عدم مباشرتهم للقتال — « ما كانت هذه لتقاتل فلم قتلت ؟ » وإن كان هذا بخصوص النساء فكذا الصبيان فالعلة وهي الضعف واحدة ، سواء أكان النهى بطريق التصريح كما في الحديث الثاني أم بطريق الاستنباط كما في الحديثين الأول والثالث •

والأصل في النهى التحريم ما لم يوجد صارف ، ولا صارف هنا فدللت هذه الأحاديث دلالة واضحة على تحريم قتل كل من المرأة والطفل إذا لم يباشرا القتال •

٢ — المعقول :

وأما المعقول فهو أن لفظ قاتل (٧) لا يحصل في الغالب إلا من اثنين كالمخاضة والمشائمة •

والمرأة ليست من طبيعتها القتال لضعفها فهي ليست أهلاً له وكذا الصبي الذي لم يبلغ حد التكليف •

فالقatal منهما غير متصور في الغالب ، فلا يجوز قتل واحد منهما

(٦) أخرجه أحمد وابن حبان والحاكم وأبو داود والنسائي والبيهقي
تلخيص الخبير ج ٤ ص ١٠٢ لابن حجر العسقلاني إرواء الغليل ج ٥
ص ٣٥ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ وقال الحاكم « صحيح على شرط
الشيخين » ووافقه الذهبي •

(٧) تفسير القرطبي ج ١ ص ٣٣٨ •

ولهذا يقول صاحب بدائع الصنائع (٨) : « والأصل في ذلك أن من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل ، وكل من لم يكن من أهله لا يحل قتله إلا إذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحريض وما شابه ذلك •

(ب) مباشرة القتال من المرأة والصبي :

فإذا باشرت المرأة القتال فإنها تقتل وكذا الصبي ان قاتل قتل وذلك باتفاق الفقهاء أيضا (٩) •

وقال المالكية (١٠) ان باشرت المرأة القتال بسلاح قتلت وان كانت المباشرة برمي حجر فلا تقتل واستدل الفقهاء على جواز قتل المرأة والصبي حالة مباشرتهما للقتال بالكتاب والسنة والمعقول •

أولا : الكتاب :

فالكتاب قوله سبحانه وتعالى « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقتلونكم ولا تعتبوا ان الله لا يحب المعتبين » (١١) •

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن لفظ (قاتلوا) عام يشمل قتل كل مقاتل للمسلمين سواء

(٨) ج ٥ ص ٤٣٠٧ •

(٩) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٢ •

(١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٧٦ ، بداية

المجاهد لابن رشد ج ١ ص ٥٢٤ مكتبة الكليات الأزهرية ، الشرح الصغير

لسيد أحمد الدردير ج ٢ ص ١٦٧ مكتبة محمد علي صبيح بميلان الأزهر

(١١) آية ١٩٠ من سورة البقرة •

لأن كان طفلاً أم امرأة ، والله سبحانه وتعالى قد أمرنا بقتاله ، في هذه الآية دلالة على جواز القتل لكل من المرأة والصبي إذا باشر القتال •

ثانيا : السنة :

وأما السننما روى عن عكرمة أن النبي — صلى الله عليه وسلم — مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال : من قتل هذه؟ فقال رجل أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفي ، فلما رأيت الهزيمة فينا أهوت إلى قائم سيفي لتقتلني فقتلتها فلم ينكر عليه رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عليه وسلم « (١٢) •

وجه الدلالة :

أن الرسول عليه الصلاة والسلام لما أخبره الرجل بقتل المرأة التي أرادت قتلها لم ينكر عليه ذلك بل أقره على صنيعه هذا ، وتقديره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل ذلك على جواز قتل المرأة إذا ما قاتلت •

ثالثا : المقول :

وأما المقول : فهو أن للمرأة قوة عظمى في القتال ، وهذا يتطلب أنها إذا ما قاتلت حل قتلها جزاء فعلها وفي هذا الشأن يقول ابن العربي في تفسيره (١٣) « وللمرأة آثار عظيمة في القتال منها الامداد بالأموال

(١٢) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٧ • والحديث رواه أبو داود في مراسيله من رواية عكرمة ، ووصله الطبراني في الكبير من حديث مقسم عن ابن عباس — رضي الله عنها انظر : تلخيص الحبير ١٠٢/٤ (١٣) احكام القرآن لأبي العربي ج ١ ص ١٠٥ •

ومنها التحريض على القتال فقد كن يخرجن ناشرات شعورهن ناديات
بالبثار مثيرات له معيرات بالقرار وذلك يحن قتلهن » *

ثانيا : الرهبان ، والزمنى والشيوخ الكبار والاجراء :

نفرق في هذا بين حالتين :

الحالة الأولى : مباشرتهم للقتال حقيقة أو معنى *

الثانية : عدم مباشرتهم له *

ففي الحالة الأولى (١٤) اتفق الفقهاء على جواز قتل الراهب
والمريض والشيخ الفاني والأجير وغيرهم من أهل الحرب اذا باثروا
القتال حقيقة أو معنى بأن كان لهم رأى ومشورة في الحرب *

واستدلوا لذلك :

بما روى عن النبي — صلى الله عليه وسلم — أنه لما فرغ من
حنين بعث أبا عامر على جيش أوطاس فلقى دريد بن الصمة وقد كان نيفه
على المائة وقد أحضروه ليحبر لهم الحرب فقتله أبو عامر ولم ينكر
— النبي صلى الله عليه وسلم ذلك عليه — « (١٥) *

(١٤) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٤٧٨ ، بدائع الصنائع ج ٩ ص
٤٣٠٨ ، الفتح القدير ج ٥ ص ٤٥٣ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ١
ص ٥٢٥ ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٢ .
(١٥) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٨ ، تلخيص الحبير ج ٤
ص ١٠٢ من حديث أبي موسى الأشعري رضى الله عنه *

وجه الدلالة :

لما قتل أبو عامر دريد بن الصمة مع كونه زاد عن المائة سنة لم ينكر عليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم بل أقره على صنيعة هذا وتقديره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل هذا على جواز قتل الشيخ الفاني وما شابهه إذا اشترك في القتال ولو بالمشورة والرأى لأن المشورة والرأى أعظم أثرا في الحرب من القتال .

أما في حالة عدم مباشرتهم للقتال فقد اختلف الفقهاء على قولين :
الأول : ذهب الامام أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعي في إحدى الروايتين عنه بأنه لا يجوز قتلهم (١٦) .

الثاني : ذهب الامام الشافعي في أصح الروايتين له والظاهرية وابن المنذر الى القول بأنه يجوز قتلهم (١٧) .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف في هذه الحالة بالسنة وذلك فيما يأتي :

١ - ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال :
كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا بعث جيوشه قال :
اخرجوا باسم الله تعالى تقاتلون في سبيل الله من كفر بالله ،

(١٦) بدائع الصنائع ج ٩/٤٣٠٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير ١٧٦/٢ ، المغني لابن قدامة ٢٩٦/٨ .

(١٧) نهاية المحتاج ج ٨/٦٤ ، والمحلى لابن حزم ج ٧/٢٩٦ .

رحمة الامة في اختلاف الامة ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

ولا تغدروا ولا تغاؤا ، ولا تمثاؤا ، ولا تقتلوا الولدان ولا أصحابهم
النصائح « (١٨) » .

٢ - ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى - صلى
الله عليه وسلم - قال : « انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة
رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا تقتلوا شيخا فانيا ، ولا طفلا
صغيرا ولا امرأة ، ولا تغاؤا ، وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا
أن الله يحب المحسنين » (١٩) .

٣ - وجاء فى حديث رباح بن الربيع النهى عن قتل العسيف (٢٠)
فى قوله عليه الصلاة والسلام لأحد أصحابه « ألحق خالدا فقتل له
لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا » (٢١) .

٤ - ما روى عن أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - أنه أوصى
يزيد بن أبى سفيان حينما أرسله الى الشام بقوله « ستجد قسوما
حبسوا أنفسهم فدهمهم وما حبسوا أنفسهم له » (٢٢) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث اشتملت على النهى الذى يدل فى الأصل على

(١٨) انظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٣ والحديث رواه الامام أحمد

نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(١٩) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٦ ، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٢٨٠

سنن أبى داود ج ٦/٢ ، أحكام القرآن لابن العربى ج ١٢ ص ١٠٥ .

(٢٠) العسيف : هو الأجير لفظا ومعنى ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٨

المصباح المنير ص ٤٨٧ .

(٢١) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٦ ، أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٦

(٢٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة .

المتحريم وبذلك تكون قد حلت على عجم جواز قتل هؤلاء الأصناف في حالة عدم مباشرتهم للقتل سواء أكان بالحقيقة أم بالرأى والمشورة

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على جواز قتلهم بالكتاب والسنة •

أولا : الكتاب :

وأما الكتاب فبقوله تبارك وتعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (٢٣) •

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى أمر المسلمين بقتال المشركين والأمر هنا عام يشمل كل مشرك بلا استثناء ، فلا فرق بين الشيخ والشاب والراهب وغيره أو الذكر والأنثى والصحيح والزمن ، فدللت هذه الآية على جواز قتلهم مطلقا بلا استثناء •

ثانيا : السنة :

وأما السنة فبقوله — صلى الله عليه وسلم — « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً، رسول الله » (٢٤)

وجه الدلالة :

أن لفظ الناس عام أريد به خاص وهم المشركون فدل هذا الحديث

(٢٣) آية رقم ٥ من سورة التوبة •

(٢٤) تلخيص الجبير ج ٤ ص ٨٧ • زاد المسلم فيما اتفق عليه

البخارى ومسلم ج ١ ص ٥٥ عن عمرو وأبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهم

على قتل كل من اتصف بهذا الوصف وهو الشرك أيًا كانت شخصيته
راعيًا أو غيره .

سبب اختلاف الفقهاء في ذلك (٢٥) :

بعد أن عرضنا أدلة القائلين بجواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم ، وأدلة القائلين بعدم جواز قتلهم يتبين لنا أن السبب في اختلافهم يرجع إلى التعارض بين الأدلة وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

معارضة الأحاديث التي استدلت بها الفريق الأول للعموم المستفاد من الكتاب والسنة وذلك فيما ذكرنا من أدلة الفريق الثاني ، فهذه الأحاديث معارضة للعموم الكتاب وذلك فيما ذكرنا من قوله تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » فظاهر هذه الآية تدل على جواز قتل كل مشرك بلا استثناء .

والعموم المسنة وهو حديث ابن عمر السابق ذكره « -أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله » فهو يدل على جواز قتل كل مشرك وهي تدل كما أوضحنا على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف .

يدفع هذا التعارض :

ويمكن لنا دفع هذا التعارض فنقول : أن من ذهب إلى القول.

(٢٥) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٣٨ ، بداية المجتهد لابن رشد
ج ١ ص ٥٧٥ .

بعدم جواز القتل أن ذكروا يرى أن هذه الأحاديث التي استدلت بها لأذهبه مخصصة للعموم المستفاد من الكتاب والسنة ومن ذهب إلى القول بجواز القتل يرى أن هذه الأحاديث لا تصلح في نظره أن تكون مخصصة لا للعموم الكتابي بل للسنة وذلك إما لعدم ثبوتها ، وإما لنسخها •

وغير الثابت والمنسوخ لا يصح الاستدلال به •

الأوجه الثاني :

وهو الأول هو معارضة الكتاب للكتاب •

فقوله سبحانه وتعالى : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين » (٢٦) معارض لقوله سبحانه وتعالى : « فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (٢٧) •

فمن ذهب إلى القول بجواز القتل (الشافعي ومن معه) يرى أن آية البقرة منسوخة بآية التوبة التي تدل بعمومها على جواز قتل المشركين مطلقا •

ومن ذهب إلى القول بعدم جواز قتلهم وهم (جمهور الفقهاء) يرى أن آية البقرة محكمة لا نسخ فيها وأنها لا تشمل هؤلاء الأصناف الذين لم يقاتلوا وأنها استثناء من عموم آية التوبة •

(٢٦) آية رقم ١٩٠ من سورة البقرة •

(٢٧) آية رقم ٥ من سورة التوبة •

وبهذا قال ابن عباس وعمر بن عبد العزيز ، ومجاهد وهو أصح
 نقول كما قال أبو جعفر النحاس (٢٨) •

والراجح :

بعد أن عرضنا أقوال الفريقين وذكرنا أدلة كل فريق على حده
 وبيننا سبب الاختلاف بين هذه الأدلة ودفعنا التعارض يظهر لنا أن
 القول بعدم جواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم هو الراجح وذلك
 لأنهم ليسوا بأهل للقتال حيث لا طاقة لهم به فيكون قتلهم فيه
 اعتداء عليهم •

وقد نهينا عنه بقوله تعالى : « ولا تعتدوا ان الله لا يحب
 المعتدين » •

والله أعلم بالصواب

ثالثا : حكم المستشار الحربى :

بالنظر الى المستشار الحربى نجد أنه محارب لأنه وان كان
 لا يشترك فى القتال بالفعل لكنه يشترك بالرأى لأن الحرب كما تحتاج
 الى أسلحة ورجال كذلك فانها تحتاج الى تخطيط حربى دقيق •

وعمل المستشار الحربى هو رسم الخطط الحربية التى يقوم
 المجاهدون بتنفيذها ، ومما لا شك فيه أن الرأى أعظم المعونة فى الحرب
 عليه يتوقف تحقيق النصر أو الهزيمة لذلك أمر النبى — صلى الله عليه
 وسلم — بقتل دريد بن الصمة مع أنه كان شيخا كبيرا لأنه كان ذا رأى
 حتى صجره قومه لأمشورة (٢٩) •

(٢٨) تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣٤٨ •

(٢٩) انظر : سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٤٥٣ ، والام للشافعى

ج ٤ ص ٢٤٠ •

وأما غير المقاتلين الذين لا يشتركون فعلا في الحرب ، كرئيس الدولة ، والأطباء والصيادلة والعسكريين ورجال البريد العسكري هؤلاء وان لم يقاتلوا فعلا فهم من المحاربين •

لأن رئيس الدولة يقوم بتقوية الروح المعنوية للجيش ، والأطباء ونحوهم يقدمون خدمات للمحاربين يترتب عليها أن يعود الجريح صحيحا الى معركة ثانية فيزيد من قوة العدو •

والحكم بقتل هؤلاء يتفق مع الروح العامة عند الفقهاء ويتلاءم مع واقع الحروب الاسلامية •

ولكن بعض الباحثين يرى أن يسلك مع الأطباء والمرضى خاصة في وقتنا الحاضر مسلكا يتسم بالتسامح فلا يقتلون وإنما يؤخذون أسرى حتى تنقضي الحرب لأن عملهم في الغالب الأعم انساني يشمل الطرفين المتحاربين (٣٠) •

والقانون الدولي اعتبر هؤلاء محاربين ولهم الحق في المعاملة التي يلحقها أسرى الحرب •

لكن الاسلام قد وجه اهتمامه الى حسم مادة الحرب في أقرب وقت فأجاز قتل من يعتبر في حكم المقاتلين مثل هؤلاء • واقتصر القادون الدولي على أن يؤخذوا أسرى حرب (٣١) •

(٣٠) انظر : السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٨٩

المكتبة السلفية عام ١٣٥٠ هـ •

(٣١) انظر : اثار الحرب في الفقه الاسلامي ص ٥٥ للدكتور وهرية

الزحيلي •

رابعاً : حكم الرسل في الحرب :

أجمع الفقهاء على أن الرسل لا يقتلون (٣٢) واستدلوا على ذلك بما روى عن أبي وائل قال : لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال : ان هذا وابن آثال قد كانا أتيا رسول الله — صلى الله عليه وسلم — رسولين لمسيمة فقال لهما رسول الله — صلى الله عليه وسلم — او كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما (٣٣) •

هذه السنة التي سنها النبي — صلى الله عليه وسلم — واتبعها صحابته قد درجت على جميع الممثلين الدبلوماسيين والأجانب حتى ولو لم تراخ حولة هؤلاء المعاملة بالمثل لذا منع الغدر برسلى الأعداء هذا مما لا شك فيه اسمى مما نراه في القوانين والاعراف الدولية •

خامساً : النهى عن التمثيل في الحرب :

ومن الآداب الإسلامية في القتال النهى عن التمثيل بجثث القتلى من الأعداء •

وقد أجمع (٣٤) الفقهاء على تحريم المثلة واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ — ما روى عن صفوان بن عسال قال : بعثنا رسول الله صلى

(٣٢) انظر : نهابة المحتاج ج ٨ ص ٦١ ، والمهذب للشيرازى ج ٢

ص ٢٣٤ وحاشية البيهقي ج ٤ ص ٤٥٣ والبحر الزخار ج ٥ ص ٢٩٨

(٣٣) رواه أحمد وأحمد والحاكم من حديث ابن مسعود رضى الله عنه •

وأبو داود وابن سنانى — راجع تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٣/١٠٤ •

(٣٤) انظر : نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٩ ، سبل السلام

للصنعانى ج ٤ ص ٤٦ •

الله عليه وسلم — في سرية فقتل : « سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، ولا تمثلوا ولا تغدروا ، ولا تقتلوا وليدا » (٣٥) .

٢ — ما روى عبد الله بن زيد قال : نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عن النهب والمثلة (٣٦) .

٣ — ما روى عن عمران بن حصين قال : كان النبي — صلى الله عليه وسلم — يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة (٣٧) .

٤ — ما روى أن عمر بن الخطاب قال لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — دعنى أنتزع ثنية سهيل بن عمرو يدلع لسانه فلا يقوم عليك خطيبا في موطن أبدا فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لا أمثل به فيمثلك الله بى وإن كتكت نبيا (٣٨) .

٥ — ما روى عن على بن أبى طالب قال كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إذا بعث جيشا من المسلمين الى المشركين قال : « انطلقوا باسم الله ... ولا تغورن عينا ولا تعقرن شجرا الا شجرا يمنعكم قتالا أو يحجز بينكم بين المشركين ولا تمثلوا بأدمى ولا بهيمة (٣٩) » .

(٣٥) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٨ مكتبة دار التراث بالقاهرة كتر

العمال ج ٤ ص ٣٩١ .

(٣٦) سبل السلام ج ٤ ص ٤٦ .

(٣٧) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٧ .

(٣٨) البداية والنهاية ج ٣ ص ٣١٠ لابن الأثير .

(٣٩) رواه البيهقي فى البينين الكبيرى ج ٩ ص ٩١ . كثر العمال

ج ٤ ص ٤٧٨ .

وجه الأدلة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث كلها مروية عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وهي تنتهي عن التمثيل في الحروب والنهي في الأصل للتحريم ما لم يكن هناك صارف إلى غيره ولا صارف هنا فدللت هذه الأحاديث كلها على تحريم المثل في الحروب •

التعذيب بالنار :

ومما يتصل بتحريم المثلة التعذيب بالنار فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم — عن التحريق بالنار أشد النهي واعتبره اعتداء على حق الإلهوية وهك الأحاديث التي تدل على نهى التحريق بالنار فيما يلي :

١ — ما روى عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أنه قال :
ولا ينبغي أن يعذب بالنار إلا رب النار (٤٠) •

٢ — ما روى أبو هريرة رضى الله عنه — قال : بعثنا رسول الله — صلى الله عليه وسلم — في بعث فقال : ان وجدتم فلانا وفلاناً فأحرقوهما بالنار ، ثم قال حين أردنا الخروج انى كنت أمرتكم أن تحرقوا فلاناً وفلاناً ، وان النار لا يعذب بها إلا الله ، فان وجدتموهما فاقتلوهما (٤١) •

— ما روى عن على — رضى الله عنه — أتى بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى النبي — صلى الله عليه وسلم — لا تعذبوا بعذاب الله (٤٢) •

(٤٠) نصب الراية للزيلعي ج ٣ ص ٤٠٧ •

(٤١) أخرجه البخارى • انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٤٩ ، نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٨ •

(٤٢) أخرجه البخارى • انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٥٩ •

وجه الدلالة :

ان هذه الأحاديث وان كانت أخبارا الا أنها بمعنى انتهى والنهى
فى الأمثال للتحريم مالم يكن هناك صارف ولا صارف هنا فدللت هذه
الأحاديث على تحريم التعذيب بالنار •

وان قيل أن النبى — صلى الله عليه وسلم — سمل أعين العربيين
بالحديد •

يجاب على ذلك بما يأتى :

١ — أن حديث العربيين منسوخ بالأحاديث السابقة لما ورد فى
لفظ البيهقى قال أنس ما خطبنا رسول الله — صلى الله عليه وسلم —
بعد هذا خطبة الا نهى فيها عن المثلة (٤٣) •

٢ — واما أن يكون من باب المعاملة بالمثل عقوبة على جريمتهم
قال ابن حجر ومال جماعة منهم ابن الجوزى الى أن ذلك وقع عليهم
على سبيل المقصاص لما عند مسلم من حديث سليمان التميمى عن أنس
« انما سمل النبى — صلى الله عليه وسلم — أعينهم لأنهم سملوا أعين
الرعا » (٤٤) •

٣ — قال أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أن حديث
العربيين مع اتفاقنا عليه فهو خبر آحاد ، وإذا تعارض خبر الآحاد مع
مبادئ الاسلام المقررة انما يثبت من عدة طرق عن النبى — صلى الله عليه وسلم —
عنه وسلم — فى النهى عن المثلة والإحسان الى المقتول ، فإنه لا يؤخذ
به ولا نقبل روايته ويكون ذلك طعنا فى نسبته (٤٥) •

(٤٣) ذكر ذلك الزيلعي فى نصب الراية ج ٣ ص ٢٨٥ •

(٤٤) انظر : فتح البازى ج ١ ص ٢٩٠ تحقيق سيد صقر •

(٤٥) انظر : كتابه أبو حنيفة ص ٢٥٠ •

نقل رؤوس القتلى :

ومما يتصل بالمثلثة نقل رؤوس القتلى من بلادهم الى بلاد المسلمين •

فقد كره الفقهاء ذلك واستحلوا على ذلك بما يأتى :

١ — ما روى البيهقي عن عبد الله ، رضى الله عنه قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أعف الناس قتلة أهل الأيمان (٤٦) •
وجه الدلالة : هذا الحديث يدل على تحريم المثلثة وحمل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين •

٢ — ما روى عن الزهري أنه قال : لم يحمل الى النجى — صلى الله عليه وسلم — رأس قط وحمل الى أبى بكر الصديق فأكره وأول من حملت اليه الرؤوس عبد الله بن الزبير (٤٧) •

وجه الدلالة : أن عدم حمل رأس الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وانكار سيدنا أبى بكر ذلك حينما حمل اليه دليل على كراهية نقل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين •

بهذا يتضح لنا الفرق بين تعاليم الاسلام التى تهافت الى المحافظة على كرامة الإنسان التى منحها الله له بمقتضى إنسانيته حيث قال الله سبحانه وتعالى : « ولقد كرّمنا بنى آدم » (٤٨) وليس من الغريب أن

(٤٦) انظر : سنن البيهقي ج ٩ ص ٧١ •

(٤٧) انظر : المغنى لأبن قدامة ج ٨ ص ٤٩٤ •

(٤٨) الآية ٧٠ من سورة الاسراء •

تحتزم الكرامة الانسانية في الحروب الاسلامية ، لأن الحرب في نظر الاسلام انما هو وسيلة يلجأ اليها عند الضرورة •

هذه هي تعاليم الاسلام السامية والتي تخلف بلا شك تعاليم الأمم المتحضرة المبذية على الظلم والبنى والعدوان لأنها مستمدة من الطابع البشرية •

إذا فلانهم يقتلون النساء والصبيان والشيوخ والعجزة وغيرهم بل وينتهكون أعراض النساء ويمثلون بجثث القتلى ويشوهونها •
والله أعلم بالصواب

المطلب الثالث : أسباب النصر في الاسلام :

تمهيد : شرع الله سبحانه وتعالى الجهاد وبين لنا الغرض منه وهو أن يكون في سبيل الله والانتصار على العدو لانتظار الحق وازهاق الباطل، ومن المعلوم أن الصراع بين الحق والباطل سنة من سنن الاجتماع البشرى ، وقد حث الله سبحانه عباده على السير في الأرض والتأمل فيما حل بالأمم السابقة قبلهم ليحصل لهم العلم الصحيح المبني على المشاهدة والاختبار ، ويسترشدوا بذلك الصراع الذي وقع بين الحق والباطل في الأمم السابقة حيث انتصر أهل الحق على أهل الباطل بتمسكهم بسنن الله واتباع ما أمر الله به من الاستعداد للحرب واعداد العدة لقتال العدو (١) •

قال تعالى : « قد خلت من قبلكم سنن قسيروا في الأرض فانظروا كيف كان عاقبة الكاذبين ، هذا بيان للناس وهدى وموعظة للمتقين » (٢)

(١) انظر : تفسير المراغى ج ١ ص ٧٤ •

(٢) الايتان ١٣٧ ، ١٣٨ من سورة آل عمران •

وقال أيضا : « **والو قاتلكم الذين كفروا لولوا الأتبار ثم لا يجدون وليا ولا نصيرا** سنة الله التي قد خلت من قبل وان تجد لسنة الله تبديلا » (٣) .

وقد وعد الله تعالى بنصر الحق على الباطل مهما كانت له من صولة . وجاء هذا الوعد على السنة رسله جميعا قال الله تعالى : « ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين انهم لهم المنصورون وان جندنا لهم الغالبون » (٤) فالله سبحانه وتعالى جعل نصر عباده الذين يجاهدون في سبيله ظاهرة كونية وسنة من سنن الوجود ولا تتغير ولا تتبدل . وفي هذا يقول بعض الباحثين : بالنظر في الآيات الواردة في هذا الشأن نجد أنها أرشدت بأن الله سبحانه وتعالى انما ينصر بمقتضى سنته في خلقه من ينصره ويتبقي باقامة العدل وقرار الأمن وبث الطمأنينة ولا يتخذ الحرب أداة للتخريب والافساد وانما وسيلة الى عمارة الكون وانفاذ أمر الله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٥) ويقول أيضا (٦) وفي القرآن الكريم آيات كثيرة تحمل عادة الله لعباده المؤمنين بالنصر والتأييد وعلو الكلمة ونفوذ السلطان ، ولكنها لم تجعل هذه العدة منحة تقزى عليهم من السماء لجرد أن يقولوا ربنا الله أو لجرد أنهم منتسبون الى دين الله ، وانما جعل عادة النصر لمن عرفه واجب الايمان في حق نفسه ، ثم أخلص في القيام بهذا الواجب حينئذ يكون قد أوفى بعهده الله فيوفى بعهده قال تعالى : « وأوفوا بعهدي أوفى بعهديكم » (٧) ولهذا نفى القرآن الكريم أن يكون نصر الله بمجرد

(٣) سورة الفتح الآية ٢٢ ، ٢٣ .

(٤) سورة الروم الآية ٤٧ .

(٥) راجع : تفسير القرآن الكريم للشيخ شلتوت ص ٣٤٤ .

(٦) راجع من توجيهات الاسلام ص ٣٧٢ .

(٧) سورة البقرة الآية ٤٠ .

الانتماء الى دين أو كتاب أو بالتمنى والأمان حيث قال جل شأنه
 « ليس بأمانىكم ولا أمانى أهل الكتاب من يعمل سوءا يجز به ولا يجد
 له من دون الله وليا ولا نصيرا ، ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو
 أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا » (٨) •

والباحث المتأمل اذا حقق النظر فى آيات الجهاد الواردة فى
 القرآن الكريم ، يجد أنها رسمت طريق النصر واضحا جليا ، وبينت
 أسباب الهزيمة وهى بحق تعد حسورا كاملا للنصر وأسباب
 الهزيمة (٩) •

ويستنتج من كل ما سبق أن النصر فى الجهاد يرتكز على دعامتين
 أساسيتين هما :

١ - الاعداد المادى •

٢ - الاعداد المعنوى •

وسوف نتكلم بشئ من التفصيل عن كل واحدة منهما •

أولها : الاعداد المادى :

من أسباب النصر فى الجهاد الاستعداد للاقتاة الأعداء عملا بقوله
 تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون
 به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم
 وما تنفقوا من شئ فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون » (١٠) •

(٨) سورة النساء الآيتان ١٢٤ ، ١٢٤ •

(٩) راجع آيات الجهاد ص ١١١ •

(١٠) سورة الانفال الآية رقم ٦٠ •

أمر الله سبحانه وتعالى عباده المؤمنين في هذه الآية الكريمة أن يستعدوا لقتال عدوهم الذي لا بد منه لنصر الحق والعدل وبث الطمأنينة بين الناس ، ودفع عوان المعتدى وشره ، وإنما أمر الله سبحانه وتعالى بذلك لأن الأعداد للحرب وسيلة من أقوى الوسائل لتجنبها ولا يخفى أن الذي قرر هذا المبدأ هو الحكيم العليم بخفايا النفوس والنفس الانسانية قد يردعها الخوف فيثنيها عن الاعتداء فيكون ذلك مدعاة الى المعيش في أمن وسلام •

(وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) بالنظر في هذا النص القرآني الكريم نجد أنه ترك تحديد القوة المطلوبة لأن الأعداد يختلف باختلاف درجات الاستطاعة ونوع القوة في كل زمان ومكان

لذا : فإنه يجب على الأمة الاسلامية أن تحشد كل ما تستطيع حشده من قوة لمواجهة عدوها في حدود طاقتها بحيث لا تقصر في اتخاذ أى سبب من أسباب القوة يدخل تحت طاقتها •

وفي هذا يقول بعض الباحثين (١١) •

والشرائع السماوية جعلت القوة سلاخا للحق تحميه وتدافع عنه قال تعالى « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد » (١٢) •

وقد وضح لنا القرآن الكريم الأسس والقواعد التي يقوم عليها أعداد القوة المادية ومنها : أعداد الرجال المقاتلين وهذا الأعداد يقتضى التدريب على فنون الحرب تمثيلا مع الواقع الملموس ، لوذا فقد درب

(١١) الجهاد للدكتور عبد الحلیم محمود ص ١٤ المؤتمر الرابع •

(١٢) سورة الحديد الآية ٢٥ •

النبي - صلى الله عليه وسلم - رجاله على فنون الحرب واشترك معهم في الاستعداد للقتال ، وعد السعى في هذه الميادين خطوات من أجل القرب وأقدس العبادات (١٣) •

وقد كان - صلى الله عليه وسلم - يحث المسلمين على التدريب على المفروسية والسباحة والرهل بالنبل (١٤) •

روى عن عقبة بن عامر - رضى الله عنه - يقول : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو على المنبر يقول : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » ألا أن القوة الرمي ، ألا أن القوة الرمي ، ألا أن القوة الرمي وهذا كما قال بعض المفسرين من قبيل : « الحج عرفة » بمعنى أن كلا منهما أعظم الأركان في بابه ، وإنما كان الرمي في الحرم هاما لأن رمي العدو من بعد بما يؤدي إلى قتله أسلم من مناجزته عن قرب ، وإطلاق الرمي في الحديث يشمل كل ما يرمى به من سلاح أيا كان نوع هذا السلاح (١٥) •

وروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « كل شيء يلهو به الرجل باطل إلا رميه بقوسه وتأدييه فرسه وملاعبته أهله فإنه من الحق » •

قال القرطبي : إن كل ما يتلهى به الرجل مما لا يفيد في المعاجل ولا في الآجل فائدة فهو باطل والاعراض عنه أولى وهذه الأمور الثلاثة فإنه وإن كان يفعلها على أنه يتلهى وينشط فإنها حق لاتصالها بما قد

(١٣) راجع : تفسير القرآن للشيخ شلتوت ص ٢٤٢ •

(١٤) فقه السيرة للزبلي ص ٣٢٢ •

(١٥) المؤتمر الرابع ص ٣٦٢ أسباب النصر التي شرعها الله تعالى

يفيد فان الرمي بالقوس وتأديب الفرس من الأمور التي تعاون على القتال ، وملاعبة الأهل قد تؤدي الى ما يكون عنه ولد يوحده الله ويعبده فلذا كانت هذه الأمور الثلاثة من الحق (١٦) •

وعن سلمة بن الأكوع أن النبي — صلى الله عليه وسلم — مر على نفر من أسلم يفضلون بالسهام فقال — صلى الله عليه وسلم — ارموا بنى اسماعيل فان أباكم كان راميا وأنا مع بنى فلان ، قال فأمسك أحد الأريئين بأيديهم فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — مالكم لا يترمون ؟ قالوا : وكيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال — صلى الله عليه وسلم — « ارموا وأنا معكم كلكم » (١٧) دل هذا الحديث على أن الإسلام رغب في تعلم الرمي والمناضلة بقصد الجهاد في سبيل الله تعالى •

وقد أثر عن عمر بن الخطاب — رضي الله عنه — أنه قال : علموا أولادكم السباحة والرمية و مروهم فليثبوا على الخيل وثبا •

ريمه هذا نستطيع أن نقول : المواجه على الأمة الإسلامية أن تعنى بتربية الأجيال الناشئة تربية جسمية وعقلية وخلقية لأن العناية بهذه النواحي الثلاث تؤدي الى وجود رجال أقوياء يستطيعون قهر الاعتداء عند اللقاء لأنهم حينذاك يقاتلون بصدق وأخلاص لحماية دينهم وعرضهم ومالهم ووطنهم ، ومما لا شك فيه أن من قاتل في سبيل الله وأمتلا قلبه ثقة بنصر الله فان الله سينصره قال تعالى : « وكان حقا علينا نصر المؤمنين » •

(١٦) راجع : تفسير القرطبي ج ٨ ص ٣٦ ، وفقه السنة ج ١١ ص ٩٥ •

(١٧) انظر : صحيح البخاري ج ٤ ص ٥٥ وأحكام القرآن لابن العربي ج ٤ ص ٨٦١ ، ٨٦٢ •

ومن القوة المطلوب إعداها محاكاة العدو فيما يعده من وسائل الدفاع والهجوم فيجب علينا أن نصنع مثل ما يصنع لنعاضله في القوة ونفضل عليه لأننا ندافع عن الحق وهو يدافع عن الباطل ، والباطل لا محالة زائل يؤيد هذا ما روى أن أبا بكر الصديق - رضى الله عنه - وصى خالد بن الوليد فقال له : « إذا لقيت القوم فقاتلهم بالسلاح الذى يقاتلونك به ، السهم للسهم ، والرمح للرمح ، والسيف للسيف » .

اذن يجب علينا أن نعد للعدو جميع أنواع الأسلحة التى نستطيع صنعها أو الحصول عليها لمواجهة ما نعد ذلك نكون قد فعلنا ما أمرنا الله به وخرجنا عن عهدة التكليف ، أما إذا لم نفعل ذلك وكان فى استطاعتنا حينئذ لم نخرج عن عهدة التكليف الذى أمرنا الله به (١٨) .

رباط الخيل :

ومن الأعداد المأدى : رباط الخيل قال تعالى : (ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ٠٠٠) (١٩) الآية وقد بين لنا القرآن الكريم أن الأنبياء والمرسلين قد أدلوا الخيل عناية خاصة من ذلك أن سليمان عليه السلام عندما احتاج الى الغزو أمر باحضار الخيل وأمر باجرائها ثم أمر باعدادها حتى غابت عن بصره ثم أمر الرائضين أن يردوها عليه فلما عادت اليه طفق يمسح سوقها وأعناقها تشريفا لها لكونها من أعظم العون فى دفع العدو (٢٠) يوضح هذا قول الله تبارك وتعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد أنه أواب اذ عرض عليه بالعشى الصافنات الجياد ، فقال انى أحببت حب الخير عن ذكر ربى

(١٨) الجهاد فى التشريع الإسلامى ص ٧٣ د . محمود محمد عل .

(١٩) سورة الأنفال الآية ٦٠ .

(٢٠) راجع آيات الجهاد فى القرآن الكريم ص ١١٧ ، ١١٨ .

حتى توارت بالحجاب ردها على فطفق مسحا بالسوق والأعناق» (٢١) •

ونبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - قد رغب في اقتناء الخيل والقيام عليها لما فيها من الأجر والغنيمة والقوة المخيفة للأعداء في عهده - صلى الله عليه وسلم - يؤيد هذا ما ورد من أحاديث في فضل الخيل ، جاء في صحيح البخارى (٢٢) « الخيل معقود في نواصيها الخير الى يوم القيامة الأجر والمغنم » ورد أيضا « من احتبس فرسا في سبيل الله ايماننا وتصديقنا لوعده فان شبعه وريه وبوله في ميزانه يوم القيامة » •

والرباط يتضمن معانى ثلاثة (٢٣) :

١ - الحراسة بحيث لا توجد ثغرة ينفذ منها العدو الى الديار الاسلامية اقول الامام على رضى الله عنه - (ماغزى قوم في عسكر دارهم الا ذلوا) •

٢ - ارباب العدو وجعله في خوف ووجل مستمرين اذ يعلم أن وراءه المراقبة جيشا يحمى الديار •

٣ - أن يكون هناك استعدادا للقتال يكون معه مران وتدريب فيتكامل بذلك الاستعداد ولا يؤتى المؤمنون على غرة قط •

ويؤيد الأحاديث الواردة في هذا الشأن : جاء في صحيح البخارى (٢٤) : « رباط يوم في سبيل الله خير من الدنيا وما عليها »

(٢١) سورة ص الآيات من ٣٠ الى ٣٣ •

(٢٢) راجع : صحيح البخارى ج ٤ ص ٢٤ •

(٢٣) راجع الجهاد للشيخ أبى زهرة ص ٧ المؤتمر الرابع •

(٢٤) انظر : صحيح البخارى ج ٤ ص ٤٢ •

وجاء في نيل الأوطار (٢٥) : « عن سلمان الفارسي — رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقول : رباط يوم وليلة خير من صيام شهر وقيامه وإن مات أجرى عليه عمله الذى كان يعمل ، وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان ، زاد الطبراني : ويبعث يوم القيامة شهيدا » .

وعن عثمان — رضى الله عنه — قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم — يقول : « رباط يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من الخاﺯل » (٢٦) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث تدل على أن الرباط أفضل الأعمال يبقى ثوابه مستمرا بعد الموت ، كما أن الرباط يضاعف له الأجر الى يوم القيامة، كما تدل أيضا : على الاهتمام بحراسة الثغور حتى لا يفاجئ العدو المسلمين في عقر دارهم لأن في مفاجئتهم زلا لهم .

الغرض من الاعداد المأدى :

أن الغرض من هذا الاعداد هو ارباب العدو عملا بقوله تعالى : « ترهبون به عدو الله وعدوكم » لأن العدو اذا اعلم أننا مستعدون لقتاله هابه ذلك وربما طلب المسالمة والأمان ، لأن العدو يهاب القوة أكثر مما يهاب الله ، لأنه لا يعرف الله ، ولأن القوة شيء مادي يراه ويحدث في نفسه الاضطراب والقلق ، ولكن الله تعالى لا يراه الا العاقلون المؤمنون (٢٧) محذوق ذلك قول الله تعالى : « لأنتم أشد رهبة في صدورهم من الله » (٢٨) .

• (٢٥) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٣٨ .

• (٢٦) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٢٧ .

• (٢٧) الجهاد في التفكير الإسلامى ص ٥٢ .

• (٢٨) سورة الحشر الآية ١٣ .

والاعداد المادى يستلزم بذل المال وانفاقه فى سبيل الله لاعداد
القوة المشار اليها *

لذا : نجد أن الله تعالى قد ختم الآية بقوله تعالى : « وما تنفقوا
من شيء فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون » (٢٩) قريبط المولى
سبحانه الانفاق باعداد القوة وقد حذر من التقصير فى هذا الشأن حيث
قال سبحانه « وأنفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٣٠)
ربط أكثر المفسرين هذه الآية بالحرب حيث قالوا ان التهلكة هنا معناها
البخل بالقليل من النفس والأموال ، وهذا البخل يترتب عليه التهلكة
العامة وضياح كل النفس والأموال ، وعلى هذا فالأمة التى لا تستعد
ولا تضحي ببعض ماله وبعض رجالها تجلب الذلة والفناء لكل الرجال
وكل الأموال *

الدعاة الثانية : الاعداد المعنوى :

ومن الاعداد للقتال تقوية الروح المعنوية لدى المجاهد ، وقد
اهتم التشريع الإسلامى بذلك حتى أنه لم يدع بابا فى هذا الموضوع
الأسلحة ، فالإسلام رعى المجاهدين فى سبيل الله على حقيقة الايمان
التي تؤدي الى تقوية الروح المعنوية للمقاتل *

ومن الايمان التزود بالمتقوى وقد اعتبر القرآن الكريم التزود
بالمتقوى خير زاد للمقاتل فى سبيل الله قال الله تعالى : « وتزودوا فان
خير الزاد التقوى واتقون ياأولى الألباب » (٣١) وقد تعالى :

• (٢٩) سورة الأنفال آية رقم ٦٠

• (٣٠) سورة البقرة الآية ١٩٥

• (٣١) سورة البقرة الآية ١٩٧

« وان تصبروا وتتقوا لا يضركم كيدهم شيئا » (٣٢) وقال تعالى :
 « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٣) وقال تعالى :
 « ان الله مع الذين اتقوا والذين هم محسنون » (٣٤) *

وجه الدلالة من هذه الآيات القرآنية الكريمة :

أبى الله سبحانه وتعالى يبين لنا من هذه الآيات أن التقوى عامل
 المنصر في القتال لأن المقاتل اذا لقي ربه ، امتلأت نفسه بعظمة الله
 وقدرته ، وصغر عندها كل ما سواه *

اذ التقوى صيانة النفس من كل دنس ، فاذا سار المجاهدون على
 هذا النمط الالهي قويتم روحهم المعنوية ، وكان الله معهم في كل وقت
 وحين يمددهم بعونه ويربط على قلوبهم ويثبت أقدامهم وبذلك
 ينتصرون على عدوهم *

وهن عوامل النصر المعنوية أيضا : الصبر :

وقد بين المولى سبحانه وتعالى أن الصبر على مشاق الجهاد هو
 أساس النصر ، وقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تحت على
 الصبر من ذلك قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا استعينوا بالصبر
 والصلاة ان الله مع الصابرين » (٣٥) وقاله تعالى : « كم من فئة قليلة
 غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » (٣٦) وقال تعالى :
 « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٧) *

(٣٢) سورة آل عمران الآية ١٢٠ *

(٣٣) سورة آل عمران الآية ١٨٦ *

(٣٤) سورة النحل الآية ١٢٨ *

(٣٥) سورة البقرة الآية ١٥٢ *

(٣٦) سورة البقرة الآية ١٧٧ *

(٣٧) سورة آل عمران الآية ١٨٦ *

وجه الدلالة من هذه الآيات :

أن الله سبحانه وتعالى وعد الصابرين بالمعونة والنصر والتأييد،
ومن كان الله معه بعزته التي لا تغلب ويقدرته التي لا تقهر فإن
يصيبه ذل ولن تلحقه هزيمة ، وقد يبين الله في الآية الثانية أن الفئة
القليلة تغلب بالصبر والثبات وطاعة القواد الفئة الكثيرة التي أعوزها
الصبر ، والاتحاد مع طاعة القواد لأن نصر الله مع الصابرين ، على أن
مسيرته وسنته بأن يكون النصر أثرا للثبات ولصبر ، وأن أهل الجزع
والجبن هم أعوان لعدوهم على أنفسهم وأبيتهم (٣٨) .

ومن عوامل النصر أيضا : المتوكل على الله والثقة بوعده ، وتفويض
الامر إليه :

وذلك بعد التماس الأسباب التي أمر الله بها ، وقد وردت في
القرآن الكريم آيات تدعو المجاهدين الى التوكل على الله من ذلك
قوله تعالى : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه » (٣٩) وقوله تعالى :
« وعلى الله فتوكلوا ان كنتم مؤمنين » (٤٠) وقال تعالى : « ان
ينصركم الله فلا غالب لكم وان يخذلكم فمن ذا الذي ينصركم من بعده
وعلى الله فتوكل المتوكلون » (٤١) وقال تعالى : « وان جنحوا للسلم
فاجنح لها وتوكل على الله انه هو السميع العليم » (٤٢) .

(٣٨) انظر المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الاسلامية ص ٢٦٩ .

(٣٩) سورة الطلاق الآية ٣ .

(٤٠) سورة المائدة الآية ٢٢ .

(٤١) سورة آل عمران الآية ١٩٠ .

(٤٢) سورة الأنفال. الآية ٦٠ .

فالتوكل على الله : هو الاعتماد مع اظهار المعجز (٤٣) قال تعالى : « فاذا عزمتم فتوكل على الله ان الله يحب المتوكلين » جاء في تفسير المنار (٤٤) : ان العزم على الفعل واحكام الرأى والمشاورة «أخذ الأهبة لا يكفى للنجاح الا بمعونة الله وتوقيفه اذن فلا بد المؤمن من الاتكال على الله لا على حوله وقوته هو » ان الله يحب المتوكلين « مع العمل بالأسباب ، ومن أحبه الله عصمه من الغرور باستعداده والركون على عفته وعتاده •

والله سبحانه هو الخبير بخفايا النفوس يعلم ما الايمان الصادق وما للروح المعنوية القوية من أثر بالغ في صدق الدفاع والذمر لهذا جعل المؤمن الصادق يساوى في المعركة عشرة رجال حيث قال : « يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون » (٤٥) •

ثم رأى جل شأنه أن هذا المقاتل المثالى قليل الوجود فجعل المؤمن الواحد يساوى اثنين من الأعداء من باب التخفيف والرحمة حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا الفين باذن الله والله مع الصابرين » (٤٦) •

(٤٣) القرطبي ج ٨ ص ٣٤ •

(٤٤) راجع : تفسير المنار ج ٤ ص ٢٠٠ •

(٤٥) سورة الأنفال الآية ٦٥ •

(٤٦) سورة الأنفال الآية ٦٦ •

فهذا يدل على أن للقوة المعنوية أثرها الذي لا يخفى على أحد
 في ميدان القتال •

لذا : فإن الاسلام يعتمد على الروح المعنوية أكثر مما يعتمد
 على القوة المادية لأن القرآن الكريم لا يهتم بالكم بقدر ما يهتم
 بالكيف ، وعلى هذا فإن أعداد جماعة ولو صغيرة اعدادا شاملا على
 التحدي الذي وصفناه في هذا المبحث أعظم من الكثرة التي ينقصها
 الاعداد النفسى والبدنى والفكرى مصداق ذلك قوله الله تبارك
 وتعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع
 الصابرين » •

(والله أعلم بالصواب)

أهم مراجع البحث

أولا القرآن الكريم وعلومه :

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - أحكام القرآن لابن العربي ط / الحلبي ١٣٧٦ هـ .
- ٣ - أحكام القرآن للجصاص ط / ١٣٣٥ هـ .
- ٤ - تفسير القرطبي ط / دار الكتب عام ١٣٦٩ هـ .
- ٥ - تفسير القرآن الكريم للمرحوم الشيخ محمد شلتوت .
- ٦ - تفسير القرآن الكريم للشيخ حسنين مخلوف ط . الثالثة الكويت .
- ٧ - تفسير القرآن الكريم للشيخ المراغي .
- ٨ - تفسير المنار للشيخ محمد عبده .

ثانيا : الحديث وعلومه :

- ١ - أحكام الأحكام (شرح عمدة الأحكام) لابن دقيق العيد ط الأولى ١٩٧٦م دار الشعب .
- ٢ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني ط . الأولى سنة ١٩٧٩م بيروت .
- ٣ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ط المدينة المنورة ١٩٦٤م .
- ٤ - زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم .
- ٥ - سبيل السلام للصنعاني ط / الحلبي ١٩٥٠م .
- ٦ - سنن أبي داود ط / الحلبي ١٣٧١ هـ .
- ٧ - السنن الكبرى للبيهقي ط حيدر آباد الدكن .
- ٨ - صحيح البخاري .
- ٩ - صحيح مسلم ط / المصرية .

١٠ - فتح الباري بشرح البخارى • تحقيق سيد صقر •

١١ - كنز العمال •

١٢ - نصب الراية للزيلعى •

١٣ - نيل الأوطار للشوكانى ط / مكتبة دار التراث •

ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

(أ) المذهب الحنفى :

١ - بدائع الصنائع ط / ١٣٢٨ هـ •

٢ - الفتح القدير ط / الأميرية ١٣١٦ هـ •

(ب) المذهب المالكى :

١ - بداية المجتهد لابن رشد • ط / مكتبة الكليات الأزهرية ، ط /

الاستقامة ١٩٢٨ م •

٢ - جواهر الاكليل شرح مختصر خليل •

٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط / عيسى البابى الحلبي •

٤ - الشرح الصغير للرددير • مكتبة على صبيح بالأزهر •

٥ - قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى ١٣٤٠ هـ •

(ج) المذهب الشافعى :

١ - الأم للشافعى • ط / الأميرية ١٣٢١ هـ •

٢ - حاشية البيجرمى •

٣ - مغنى المحتاج • ط / الحلبي ١٣٧٧ هـ •

٤ - المهلب للشيرازى ط / ١٩٥٩ م •

٥ - نهاية المحتاج ط / الحلبي ١٣٥٧ هـ •

٦ - رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الشافعى ط

الثالثة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م •

(د) المذهب الحنبلي :

- ١ - المغنى لابن قدامة ط / المنار ١٣٦٧ هـ .
- ٢ - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى ط . الأولى ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م بيروت .

(هـ) المذهب الظاهرى :

- ١ - المحلى لابن حزم ط / الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ تحقيق لجنة احياء التراث العربى بيروت

(و) المذهب الشيعى :

- ١ - البحر الزخار للجامع لمذهب علماء الأئصار للإمام أحمد المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ط / السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ .

رابعاً : كتب اللغة :

- ١ - المصباح المنير للفيومى .
- ٢ - المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) . بالقاهرة .

خامساً : كتب التاريخ :

- ١ - سيرة ابن هبام ط / ١٣٨٣ هـ .

سادساً : كتب عامة :

- ١ - أثار الحرب فى الفقه الاسلامى للدكتور / وهبة الزحيلي .
- ٢ - آيات الجهاد فى القرآن الكريم للدكتور / كامل الشقن .
- ٣ - الجهاد فى الشريعة الاسلامية المؤتمر الرابع للبحوث الاسلامية .
- ٤ - الجهاد للدكتور عبد الحليم محمود . المؤتمر الرابع ١٩٦٨ م .
- ٥ - الجهاد فى التشريع الاسلامى د/ محمود محمد على ط / أولى ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

- ٦ - الجهاد في التفكير الاسلامي د. أحمد شلبي ١٩٦٨م .
- ٧ - السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف . المكتبة السافنة
١٣٥٠هـ .
- ٨ - فقه السيرة للغزالي ط / ١٩٦٥م .
- ٩ - المؤتمر الرابع لجمع البحوث الاسلامية ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م -
والله المستعان والموفق

حق الفرد في الإسلام

للككتور عبد الصمد سيد محمد صميحة

المبحث الثاني

الحق الاجتماعي للفرد في الإسلام

المطلب الأول : حق العمل

أولاً : دعوة الإسلام الى العمل :

لم يعرف الإسلام التواكل — أو البطالة — ولم يقرهما — بل ان الأنبياء جميعا كانوا يعملون كسبا للقوت (١) لذلك كان تقدير الإسلام للعمل عظيما — يقول الله تعالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله » (٢) ويقول صلى الله عليه وسلم : « ان من الذنوب ذنوبا لا يكفرها الا الوم في طلب المعيشة » (٣) رواه الطبراني في الأوسط — وأبو نعيم في الحلية من حديث أبي هريرة

(١) نشر الجزء الأول من هذا البحث في العدد السابع من هذه
المجلة المصادرة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ص ٨٦ .
(٢) بدر الدين العيني - عمدة القارئ - شرح صحيح البخاري -
ج ١٢ ص ٧٩ .
(٣) سورة التجمعة آية رقم ١٠ .
(٤) الفزالي - الاحياء - باب النكاح ص ٧٠٢ .

ويقول صلى الله عليه وسلم « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده — وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده » (٤) بل انه صلى الله عليه وسلم : اعتبر العمل في سبيل العيش عملا في سبيل الله • فذد كان جالسا ذات يوم مع أصحابه فنظروا الى شاب ذى جلد وقوة — وقد بكر يسعى • فقالوا : ربح هذا لو كان شبابه وجلده في سبيل الله — فقال صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هذا — فانه ان كان يسعى على نفسه ليكفيها عن المسألة ويغنيها عن الناس فهو في سبيل الله — وان كان يسعى على أبوين ضعيفين أو ذرية ضاعفا ليغنيهم ويكفيهم فهو في سبيل الله — وان كان يسعى تفاخرا وتكاثرا فهو في سبيل الشيطان » (٥) رواه الطبراني •

كما أن الاسلام يقدر العامل ويشجعه ويزكيه — فعد 'ستقبل أحد الصحابة رسول الله عند عودته من غزوة تبوك • فقل له النبي صلى الله عليه وسلم « ما هذا الذي أرى بيدك ؟ قال الصحابي : من أثر لمار — أى الحبل — والمحساة — أضرب وأنفق على عيالي • فقبل رسول الله يده وقال : هذه يد يجيها الله ورسوله » (٦) فليس في المجتمع الاسلامي قوى معطلة — أو طبقة تعيش على أكتاف غيرها • وعالة على من دونها — وفي ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يأتى الجبل فيأتى بحزمة من الحطب على ظهره فيبيعهما فيكف الله وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه » (٧) كما انه تدخل المسجد فرأى رجلا يلوذ بالمسجد راكعا

(٤) البخارى ج ٣ ص ٧٤ •

(٥) الدكتور مصطفى السباعي — اشتراكية الاسلام ص ١٩٣ •

(٦) الشيخ محمد الغزالي — الاسلام ومناهج الاشتراكية ص ٨٢ •

(٧) البخارى ج ٣ ص ٧٥ •

مساجدا • فسأل عنه - قيل انه رجل عابد - فقال : « ومن الذى يذيق عليه ؟ قالوا أخوه يعمل ويعوله - فقال : أخوه أعبد منه » (٨) وقد فقه الصحابة هذه المعانى التى ترفع قدر العمل فنفسذوها فى انفسهم - ولعل أول ما يتمثل ذلك فيما فعله المهاجرون عند هجرتهم من مكة الى المدينة تاركين تجارتهم وأموالهم وأعمالهم وراءهم - فعرض عليهم الأنصار أن يقاسموهم أموالهم بغير مقابل قياما بواجب النصرة والتعاون على الخير - ولكن المهاجرين أبوا الا أن يكون عيشهم بكفاحهم وسعيهم - فنزل بعضهم الى ميدان التجارة - وبعضهم الى ميدان الزراعة فى حقول الأنصار - وعليهم العمل والمؤونة - ولهم فى مقابل ذلك شطرا من المحصول :

- ١ - ومن مآثرات عمر بن الخطاب فى الدعوة الى العمل قوله « رحم الله امرأ أمسك فضل القول - وقدم فضل العمل » •
- ٢ - القوة فى العمل - ألا تؤخر عمل اليوم الى الغد •
- ٣ - المتوكل الذى يلقي حبة فى الأرض ثم يتركها على الله (١٠) •

ثانيا : « كفالة الدولة لحق العمل » :

إذا كان الاسلام قد اعتبر العمل واجبا على الفرد - اذ لا يباح له أن يعيش على التسول • أو السلب • أو النهب • فانه فى نفس الوقت جعله حقا له ازاء الدولة - فواجب الدولة الاسلامية أن تؤم العمل للقادرين عليه وأن تحمى حقوقهم وقد قام النبى صلى الله عليه وسلم بهذا الواجب • فقد جاءه رجل يستجدى • فباع خاتما له من حديد بدرهمين فى السوق أعطاهما للرجل وقال له : كل بأحدهما

(٨) الشيخ محمد أبو زهرة - تنظيم الاسلام للمجتمع ص ١٩٦ •

(٩) صحيح مسلم ج ٤ ص ٣٨٧ - ٣٨٨ •

(١٠) الدكتور سليمان الطحاوى - عمر بن الخطاب ص ٤٧٢ •

— واشتر بالآخر فأسا واعمل به فصلاح حال الرجل ، كما جاءه رجل يطلب اليه أن يدبر حاله لأنه خال من وسائل الكسب ولا شيء عنده يستعين به على القوت — فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقدم ودعا بيد من خشب سواها بنفسه ووضعها فيها ثم دفعها للرجل وأمره أن يذهب الى مكان عينه ويكلفه أن يعمل هناك لكسب قوته وطلب أليه أن يعود بعد أيام ليخبره بحاله — فعاد الرجل يشكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم صنيعة ويذكر له ما صار اليه من يسر الحال (١١) وهكذا اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه — وهو رئيس الدولة مسئولا عن تدبير العمل — وكفالة للأفراد — والذي يرجع الى الفقه الاسلامي — يجد الفقهاء يوجبون توفير العمل لكل فرد قادر عليه — فقد أوجب الغزالي (١٢) على ولي الأمر أن يزود العامل بأكثر العمل ويتقسم الشاطبي (١٣) في كلامه عن فرض المكافأة للتربية الاسلامية التي تحققها البطولة لكل ذي موهبة ليتمكن من القيام بالفرض الكفائي الذي يناسب موهبته الى مراحل ثلاثة : «ذاك لأنه كل ما يحتاج اليه الجماعة هو فرض كفاية ... يجب تحقيقه — ويلخص الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة هذا التقسيم فيما يلي (١٤) :

١ - المرحلة الأولى :

وتكون عامة لكل الصبيان والشباب لا يتخلف عنها أحد — ومن قطع المرحلة الأولى — لا ينتقل الى المرحلة الثانية الا اذا كان ذا نبوغ

(١١) الشيخ محمد أبو زهرة — تنظيم الاسلام للمجتمع ص ٣٩ .

(١٢) الغزالي — احياء علوم الدين — ج ٩ ص ١٧٤٦ (ط الشعب)

(١٣) الشاطبي — الموافقات — ج ١ ص ١١٩ ، ١٢٤ .

(١٤) افشيخ محمد أبو زهرة — في المجتمع الاسلامي ص ٥٥ .

متميز يؤهله لهذه المرحلة — ومن وقف عند المرحلة الأولى • وقف عند فرض كفايى تحتاج اليه الأمة — وهم العمال الذين يعملون بأبدانهم — فان الأمة تحتاج الى هذا النوع من العاملين وهم الذين يكونون قاعدة البناء الهرمى للعمل •

٣ — المرحلة الثانية :

ومن صاروا متميزين فى المرحلة الثانية — ينظر اليهم — فمن امتاز بنبوغ يؤهله للمرحلة الثالثة — انتقل اليها • ومن لم تكن له مواهب تؤهله لدخولها وقف عاد فرض كفايى تحتاج اليه الأمة — فالأمة تحتاج الى حسابين ، ومساعدى مهندسين ، وملاحظين للأعمال اليدوية — وموجهين لها — ومراقبين لسلامتها •

والمرحلة الثالثة :

مرحلة النبوغ — وهى درجات متفاوتة — يميزها العمل والانتاج والانصراف العملى — ومنها يكون المهندسون والأطباء والقضاة والفقهاء — وغيرهم من الذين يتولون الأعمال الرئيسية فى المجتمع — وفى أعلى هذا الصنف من المتأخرين — المخترعون — والمشترون — ومؤسسون الدول — على أساس العدالة والحق — ومنظمو العلاقات الانسانية بين الناس على أساس العدل — وهذا الذى يبينه النشاطى — يوضح واجب الدولة فى اعداد الأفراد علميا وفنيا — وانشاء المراكز التدريبية لهم تمكينها لهم من القيام بواجباتهم الكفائية — وأن أهل كل مرحلة واجب عليهم وبالذات القيام بالواجبات الكفائية كل فيما يخصه — كما يستطيعه — ويمكن أن يقال انه واجب على الجميع على وجه من التجوز لأن القيام بذلك الفرض — قيام بمصلحة عامة •

فهم مطالبون بسدها على الجملة — فبعضهم هو قادر عليها مباشرة — وذلك من كان أهلا — والباقيون وان لم يقدروا عليها —

قادرين على إقامة القادرين — فمن كان قادرا على الولاية فهو مطلوب بإقامتها — ومن لا يقدر عليها مطلوب بأمر آخر • وهو إقامة ذلك القادر وإجباره على القيام بها — فالقادر اذن مدلول بإقامة الفرض — وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القادر • اذ لا يتوصل الى قيام القادر الا بالإقامة — فهي من باب ما لا يتم الواجب الا به (١٥) •

وعلى الأمة ممثلة في ولي الأمر — أن تسهل للأفراد القيام بهذه الواجبات — وأن تؤهلهم لها • وان تقاصرت همة الحاكم في الأمة عن أن يقوم بهذا الواجب — فعلى الأمة أن تحمله على أدائه — أو تسعى في تغييره ، لأن الذي لا يقوم به في موضع ذلك المقصر (١٦) •

ولقد سمي الشافعي هذا النوع من الواجبات تسمية تتفق مع معناه — فقل : انه واجب عام فيه معنى الخاص — فالأمة كلها مطلوبة بمقتضى قانون التكافل الاجتماعي بتحقيق ذلك الواجب — ولكن لا تقوم به الأمة كلها — بل تقوم به طائفة خاصة منها (١٧) فهذه الطائفة — هي المكلفة بالقيام بالواجب عملا بقوله تعالى «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون» (١٨) أما الأمة كلها ومعهما ولي الأمر — فعليها واجب إقامة هذه الطائفة — وقد كان من واجب المحتسب أنه ان رأى رجلا يتعرض

(١٥) الشاطبي — الموافقات — ج ١ ص ١٧٨ — ١٧٩ •

(١٦) الشاطبي — الموافقات — ج ١ ص ١٧٩ •

(١٧) الشيخ محمد أبو زهرة — في المجتمع الاسلامي ص ٥٦ •

(١٨) سورة التوبة آية ١٢٢ •

لمسألة الناس في طلب الصدقة — وعلم أنه غنى أما بمال — أو عمل. أنكره عليه — وأدبه فيه ، وقد فعل عمر رضى الله عنه مثل ذلك يقوم من أهل الصفة : هم طائفة من الفقراء كانوا يقيمون بمكان مرتفع من المسجد النبوى ويعيشون على الصدقة — وإذا تعرض للمسألة ذو جلد وقوة على العمل زجره وأمره أن يتعرض للاحتراف بعمل ، فان أقام على المسألة عذره حتى يقطع عنها — وان دعت الحالة عند الداح من حرمت عليه المسألة بمال أو عمل ألى أن ينفق على ذى المال جبرا من ماله — ويؤجر ذا العمل وينفق عليه من أجرته — رفع أمره الى الحاكم ليتولى ذلك — أو يأذن فيه (١٩) •

كما أن الدولة الاسلامية في العصور المتعاقبة عملت على انشاء المصانع — كصناعة الورق — والنسوجات — واستخراج المعادن — والقيام بتدريب الناس على العمل بها (٢٠) •

ولم يكتف الاسلام بتحقيق فرص العمل للأفراد وكفالتهم لهم — بل انه أيضا كفل لهم الأجر — المناسب للعمل — وعدم التأخير في أداء أجورهم (٢١) وفي ذلك يقول الله تعالى « ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون » (٢٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » (٢٣) ويقول النبى صلى الله عليه وسلم « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى

(١٩) الماوردى — الاحكام السلطانية ص ٢٤٨ •

(٢٠) المقرئى — الخطط ج ١ ص ٤١٧ •

(٢١) الكاسانى — البدائع ج ٤ ص ٢١٨ •

(٢٢) سورة الاحقاف — آية ١٩ •

(٢٣) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٤٥ •

ثم غدر — ورجل باع جزاء ثم أكل ثمنه — ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره « (٢٤) كما يروى عنه صلى الله عليه وسلم « انه نهى عن استئجار الآخر حتى يتعين له أجره » (٢٥) فرب العامل مسئول عن حقوق عماله وذلك بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » (٣٦) وذلك تحذيرا من الماطلة في أجر العامل •

وقد اتجه الاسلام الى العناية بالعمال وعدم تركه عرضة لارهاب رب العمل له واستغلاله له وكفل له قدرا من الراحة حفظا لقوته ورعاية لصحته — وفي ذلك يقول الله تعالى « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » (٢٧) فالقاعدة الشرعية — أنه لا تكليف الا بمستطاع — فلا يجوز أن يكلف الشيوخ وأحداث السن بأعمال ينوء بها كاهلهم — كما لا يكلف النساء بما لا يتناسب مع طبيعتهم • وفي ذلك يقول صلى الله عليه وسلم « عليكم من الأعمال بما تطيقون فان الله لا يمل حتى تملوا » (٢٨) ولا يجيز الاسلام أن يمس أجر العامل — ولا أداة العمل وفاء انسانية أو خراج (٢٩) ويقول الرسول عن العبيد « لا تكلفوهم ما لا يطيقون » (٣٠) واذا كان ذلك بالنسبة للعبيد — فالعمال به أولى •

(٢٤) البخارى ج ٣ ص ١٠٨ •

(٢٥) النسائى — كتاب المزارعة — باب ٤٤ •

(٢٦) البخارى ج ٣ ص ١٥٧ •

(٢٧) سورة البقرة آية ٢٨٦ •

(٢٨) البخارى — ج ١ ص ١٧ •

(٢٩) أبو يوسف — الخراج ص ١٨ •

(٣٠) الشوكانى — نيل الأوطار ج ٧ ص ٣ رواه البخارى ومسلم

عن أبى هريرة •

ولاشك أن هدف الاسلام من ذلك - اخبار القنوة العاملة -
غلا تتأثر بالارهاق المستمر * والمحافظة على صحة العامل - وهو
يشكل كيان الأمة - فخير الأعمال أحومها وان قل *

ومن المقررات الشرعية - أن العامل يجب أن يوفر له الغذاء
الكفى - الذى يحمى جسمه - والكساء الكافى الذى يقيه حر الصيف
وبرد الشتاء - والمسكن الذى يليق بمثله - والذى تستوفى فيه كل
المرافق الشرعية - ويجب أن تكون الأجسرة محققة لهذا - والا كان
ظلمًا (٣١) وبذلك تضمن الدولة للعامل حياة كريمة - وتمده بالمال اذا
لم يكفه أجره ، ففى بذلك تكفل له تأمين معيشته وكرامته ، واذا تعطل
العامل عن العمل - أوجب الاسلام على الدولة اعالته وكفالته ، وأعين
على العيش حتى توفر الدولة له عملا وهذا من مصارف الزكاة ،
فالذين يفتقرون الى فرص العمل هم الفقراء حقا لقوله تعالى (للفقراء
الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض * يحسبهم
الجاهل أغنياء من التعفف - تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا
- وما تنفقوا من خير فان الله به عليم) (٣٢) ولقوله تعالى :
« للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا
من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون » (٣٣)
كما روى الامام أحمد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ولى
لنا عملا وليس له منزل فليتخذ منزلا - أو ليست له امرأة فليتزوج
- أو ليست له دابة فليتخذ دابة » (٣٤) *

(٣١) ابن حزم - المحلى - باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ - مسألة ١٢٥

م - ط - المنيرة بالقاهرة سنة ١٤٣٨ هـ *

(٣٢) سورة البقرة آية ٢٧٣

(٣٣) سورة الحشر آية ٨

(٣٤) الشيخ محمد أبو زهرة - فى المجتمع الاسلامى من ٥٢ *

ولحفاية الاسلام لحق العامل في قولى العمل الذى تتوافر فيه شروطه — ناط بالدولة حسن اختيارها لعمالها — فيكرن اختيارها لهم مبنيا على القدرة — والكفاءة — لا على الوساطة — والمهوى — وبذلك لا تنمط حق أحد — ولا تفرق بين الأفراد عن غرض — وفي ذلك يقول الله تعالى على لسان ابنة سيدنا شعيب عليه السلام « قالت يا أبت استأجره ، ان خير من استأجرت القوي الأمين » (٣٥) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأبي ذر عن المولاية « يا أبا ذر انما أمانة — وانها يوم القيامة خزى وندامة * الا من أخذها بحقه » وقد عبر الماوردي (٣٦) عن ذلك في بيان ما يلزم الامام في ادارة الدولة بقوله : يلزم استكفاء الأمناء — وتقديم النصحاء فيهما يفوضه اليهم من الأعمال ، لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة — والأموال بالأمناء محفوظة ، وكان عمر بن الخطاب يقول بعد توليه الخلافة « لو علمت أن أحدا أقوى منى على هذا الأمر لكان ضرب العنق أحب الى من هذه المولاية » (٣) .

ومن أقواله أيضا في وسيلة اختيار الولاة « من استعمل رجلا اودة — أو لقاربة — لا يحمله على استعماله الا ذلك فقد خان الله ورسوله والمؤمنين ، ومن استعمل رجلا فاجرا وهو يعلم أنه فاجر فهو مثله » (٣٨) .

ولما كان عمر أول من أنشأ الدواوين ، فقد وضع أسسا لاختيار العاملين في الوظائف المختلفة — فكان يتطلب في المرشح للمولاية

(٣٥) سورة القصص آية رقم ٢٦ .

(٣٦) الماوردي — الأحكام السلطانية ص ١٦ .

(٣٧) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧١ .

(٣٨) ابن الجوزى — سيرة عمر بن الخطاب ص ٦٧ .

شروطا تعد نموذجية (٣٩) ومن هذه الشروط : القوة — والهمة —
 والتواضع — والرحمة بالناس — ومن أقوال عمر في ذلك : أريد رجلا ،
 اذا كان في القوم — وليس أميرهم — كان كأنه أميرهم ، واذا كان
 أميرهم كان كأنه رجل منهم — كما وضع شروطا لاختيار القضاة •
 لا يتطلبها في المألوف من الأفراد ، حتى يكون الاختيار عن كفاءة
 وقدره (٤٠) •

ومن هذه الشروط : أن يكون المرشح للقضاء موثوقا في عفافه —
 وعقله ، وصلاحه ، وفهمه بالسنة والآثار — واقفا على المسائل الفقهية
 مقتدرا على الفصل في الدعاوى — وقورا وحكيما وصبوراً يتقى الله
 بالحق ، ولا يقضى لهوى يضلّه ، ولا لرغبة تغيره — ولا لرغبة ترجره
 — وأن لا يكون فظا غليظا — بل شديدا من غير عنف — لينا غير
 ضعيف — واعتبر الماوردي من شروط المحتسب أن يكون حرا ذا رأى
 وصرامة — وخشونة في الدين — وعلم بالمنكرات الظاهرة •

وهكذا كان التدقيق في اختيار العمال لكفالة الحق والعدالة —
 والبعد عن الوساطة — وذاك بوضع الرجل المناسب في المكان المناسب ،
 ولذلك أيضا لم يقف الاهتمام بالاختيار عند بدء التعيين فقط ، ولكن
 واجب الدولة حسن الاشراف على الرقابة على العاملين ، حتى لا يكون
 العمل وسيلة الى الكسب الحرام ، أو التكاثر ، أو التهاون في مصالح
 الأمة — أو الانحراف عن السبيل السوي والطريق المستقيم — وفي
 ذلك يقول الخليفة عمر بن الخطاب : « أرايتم ان استعملت عليكم خير

• (٣٩) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧٣

• (٤٠) عارف الكندى — القضاء في الاسلام ص ٢٠ •

من أعلم ثم أمرته بالعدل أكننت قضيت ما على ؟ قالوا نعم — قال :
لا — حتى أنظر في عمله — أعمل بما أمرته — أم لا — (٤١) •

وتحقيقاً لهذه المبادئ — وخشية مظنة المحاباة ، أو المبالاة —
لم يستعمل أمير المؤمنين عمر كبار صحابة رسول الله — وكذلك آل بيته
— ولم يقلدهم شيئاً من الولايات — ولهذا السبب أيضاً كان من الأسباب
الظاهرة للثورة على الخليفة ، عثمان بن عفان — أنه ولى قرابة من
بنى أمية دون نظر الى الكفاءة أو الصلاحية •

وإذا كان الاسلام قد كفل للعامل كل ذلك — فإنه أيضاً فرض
عليه التزامات يجب قيامه بها • فأوجب عليه اتقان العمل واحسانه
والاخلاص فيه ، يقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله يحب اذا
عمل أحدكم عملاً أن يتقنه » (٤٢) وقوله « ان الله كتب الاحسان على
كل شيء » (٤٣) •

ذلك أن اتقان العمل من أحب ما ينتقرب به العبد الى ربه • فإذا
أخل العامل بالتزامه فأفسد المنفعة أو أهلكها بخطئه أو اهماله كان
ضامناً لها (٤٤) كما قرر الاسلام نظام الحوافز على العمل على أرقى
أساس وأعدل ميزان — بقول الله تعالى « وأن ليس للإنسان الا ما سعى »
— وأن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء الأوفى » (٤٥) فجزاء اتقان

(٤١) الدكتور سليمان انطاوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧١ • •

(٤٢) رواه أبو يعلى — والعسكري — وغيرهما عن عائشة — تمييز.

الطيب من الخبيث ص ١٤٢ : دليل الفالحين ج ٣ •

(٤٣) دليل الفالحين ج ٣ ص ٩٥ •

(٤٤) ابن قدامة — المغنى ج ٥ ص ٤٩٦ •

(٤٥) سورة النجم آية ٣٩ — ٤١ •

المعمل والاخلاص — انما يكون أوفى جزاء — ولا موجب لهذا الجزاء
 الاسعى المفرد نفسه لا يقربه جأه — أو قرابة أو صلة ، ويحدد
 القرآن دقة الجزاء بقوله تعالى « فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره —
 ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره » (٤٦) على أن العمل الذى يدعو اليه
 الاسلام هو العمل الحلال — اذا انه يحظر العمل الحرام — كالعمل
 فى انتاج الخمور — فما يؤدى الى الحرام فهو حرام — والموسيلة
 تأخذ حكم الغاية (٤٧) كما لا يجوز شرعاً الغش فى العمل — وذلك تنفيذاً
 للحديث الشريف « من غشنا فليس منا » (٤٨) ويحظر الاسلام العمل
 الذى يكون مؤدياً الى الضرر بالنفس ، أو الاضرار بالغير وذلك تنفيذاً
 للمبدأ الشرعى « لا ضرر ولا ضرار » (٤٩) •

المطلب الثانى

« حكم الرعاية الصحية »

اهتم الاسلام بصحة الأفراد باعتبارها تعينه على أداء واجباته
 الدينية والمعيشية ، اذ بها يستطيع الفرد أن ينفع مجتمعه ويحقق
 آماله — يقول صلى الله عليه وسلم « المؤمن المقوى خير وأحب الى
 الله من المؤمن الضعيف • وفى كل خير » (٥٠) وتقرير حق الفرد فى
 الرعاية الصحية : وضعه الاسلام على عاتق الفرد باعتباره واجباً عليه
 — كما اعتبره إلزاماً على الدولة فهو حق للفرد — ففى اعتبار الرعاية

(٤٦) سورة الزلزلة آية ٧ — ٨ •

(٤٧) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٧ •

(٤٨) صحيح مسلم ج ١ ص ٢٩٩ •

(٤٩) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ •

(٥٠) سنن ابن ماجه ج ٢ باب ١٤ ص ١٣٩٥ حديث رقم ١٦٨ •

(٥ — شريعة)

الصحية واجبا على الفرد - أمر الاسلام الناس جميعا بالمبعد عن كل ما يضر صحتهم ، فصرم الخمر والزنا حفظا للصحة وأمرهم أن يبتعدوا عما يهلك صحتهم وينهك قوتهم فيقول تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٥١) ويقول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » (٥٢) ويقول « صوموا تصحوا » (٥٣) ويقول « ثلث للطعام - وثلث للشراب وثلث للنفس » وذلك عن المدة (٥٤) •

كما حث الاسلام على النظافة حفظا للصحة ، فأمر بالوضوء قبل الصلاة ، والغسل بعد الجنابة - والعناية بالغذاء الصحي ، والشراب النقي ، ونهى عن الشرب من فم السقاء منعا للمدوى • كما حث في الرياضة تقوية للبدن - ومن ذلك « ان لبدنك عليك حقا » « علموا أولادكم الرماية والسباحة وروهم غلبوا على الخيل وثبا » كما أمر الأفراد بالمبادرة - بالعلاج عند المرض - فمن أقواله صلى الله عليه وسلم « ما أنزل الله داء الا أنزل له شفاء » (٥٥) وكل هذه المبادئ جاءت في صورة تكاليف ، يثاب فاعلها ويأثم من خالفها ، ومن أقوال عمر بن الخطاب في الحث على الرعاية الصحية - قوله « اياكم والسمنة فانها غفلة » وقوله « اياكم والبطنة فانها مكسلة عن الصلاة ومفسدة للجسم ، ومؤدية الى السقم ، وعليكم بالقصد في قوتكم فهو أبعد عن السرف وأصح للبدن - وأقوى على العبادة » (٥٦) •

كما يروى أن عمر بن الخطاب ، أمر أبا عبيدة بن الجراح قائد

(٥١) سورة البقرة آية ١٩٥.

(٥٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠ - ٢٣٤١ •

(٥٣) الفزالي - الاحياء ج ٨ ص ١٤٩٨ •

(٥٤) الفزالي ب الاحياء ج ٨ ص ١٤٩٧ •

(٥٥) البخاري ج ٧ ص ١٥٨ •

(٥٦) المعاد - عبقرية عمر - العدد ٢٥ - كتاب الهلال ص ٦٦ •

جيش المسلمين بالعودة الى المدينة - وعدم دخول الشام ، لوجود
الطاعين به ، فلما عاتبه أبو عبيدة قائد « أفرارا من قضاء الله ؟ »
قال له عمر : « لو غيرك قالها يا أبا عبيدة - نعم نفر من قضاء الله ،
الى قبر الله » ثم جاء عبد الرحمن بن عوف ، فقال : أشهد أنى سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا سمعتم بهذا النبأ ببند
فلا تقدموا عليه ، واذا وقع وأنتم به فلا تخرجوا فرارا منه » (٥٧) .

كما اهتم الاسلام بالرعاية الصحية • بل جعل لها الأولوية على
شئون العبادة - لذلك أعفى المرضى من الفرائض الدينية التى تنسق
عليهم ، فربخص للمريض أن يفطر في رمضان خوف ازدياد مرضه ،
أو تأخير شفائه على أن يقضى عند تمام صحته - وأباح لمن يشق عليه
الصيام أن يفطر - ويتفجع فدية طعام مسكين كما رخص للمسافر أن
يفطر في رمضان لتقاء المنسقة التى تؤثر في صحته - يقول تعالى :
« فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، ومن كان مريضا أو على سفر فعدة
من أيام آخر » (٥٨) ويقول « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام
مسكين » (٥٩) ويقول « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٦٠) .

أما الرعاية الصحية باعتبارها حقا للأفراد - ازاء الدولة ، فقد
قررها الاسلام في صور شتى - اذ كان النبي صلى الله عليه وسلم
يهيئ للمرضى مكانا يتداوون فيه وينقحون - فقد قدم عليه نفر من
عريضة تمانية أشخاص - وأسلموا - واستويأوا بالمدينة ، وشكوا ألم
الطحال ، فأمر يوم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى لقاحه ، وكان

(٥٧) الأستاذ محمد الخضرى - تاريخ الأمم الاسلامية ج ٢ ص ٦-٧

(٥٨) سورة البقرة آية رقم ١٨٥ .

(٥٩) سورة البقرة آية ١٨٤ .

(٦٠) سورة البقرة آية ١٨٥ .

سرح المسلمين بأرض خارج المدينة ناحية قباء قريبا من غير ترعى هناك ، فكانوا فيها حتى صحوا ، وسمنوا • وكانوا قد استأذنوه أن يشربوا من آبارها ، وأبوالها ، فأذن لهم (٦١) وقد كهل الاسلام للمريض حقه من الرعاية الاجتماعية •

فلقد مر عمر بن الخطاب ، يوم مجيئه الشام على قوم من المجزومين — ففرض لهم شيئا من بيت المال ومنعهم بذلك عن التكلف بين الناس. كما عمل الوليد بن عبد الملك على تخصيص أعطيات لهم • وأعطى لكل مقعد خادما يهتم بأمره ، وكل ضريح قائدا يسهر على راحته — كما بنى ابن طولون حاكم مصر في مؤخرة مسجده، ميثاة وخزانة شراب بها. الإحوية والأشربة ، وقرر لهذا المكان الخدم ، وعين طبيا خاصا يقوم بتطبيب المرضى من المسلمين • كما بنى مستشفى بأرض العسكر ، وأحسن تنظيمه ، وكان يتفقد بنفسه في يوم الجمعة ، فيطوف على خزانة الإحوية ، ويتفقد أعمال الأطباء ، ويواسى المرضى • كما أمر بمراعاة الحالة النفسية للمرضى ومواساتهم ، والترويح عنهم ، وزيارتهم أثناء مرضهم ، وجعل ذلك واجبا على المجتمع ازاء المرضى. يقول صلى الله عليه وسلم في الحديث القدسي عن رب العزة «مرض عبي فلان فلم تزره ، ولو زرته لوجدت ذلك عندي» (٦٢) وبذلك جعل الله تبارك وتعالى زيارة المريض مستوجبة جزاء من لدنه — ويقرر النبي صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم فيقول « ويعود • إذا مرض » (٦٣) وكان عمر بن الخطاب • يأمر الولاة بزيارة المرضى. للعناية بأمرهم ، فكان يسأل الوفد اذا قدموا عنه عن أمرهم ، فيقولون خيرا ••• فيقول هل يعود مرضاكم ؟ فاذا قالوا لا عزله (٦٤) •

(٦١) البخارى ج ٧ ص ١٦٠ •

(٦٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٣٣ •

(٦٣) البخارى ج ٢ ص ٩٠ •

(٦٤) الدكتور سليمان اللطفاوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧٨ •

المطلب الثالث

حق كفالة المعيش الكريم الفرد في المجتمع

تضطلع الدولة في الاسلام بواجبات ايجابية لضمان حقوق الأفراد وكفالة معيشتهم ، وقد اعتبر الاسلام • الفرد في كفالة المجتمع في مختلف المستويات • فهو في كفالة الأسرة التي يذمى اليها ، اذ يأمر المشرع بالنفقة على القريب الفقير ، كما يأمر بصلة الأرحام • فقد جاء في الحديث القدسي عن الله عز وجل (١) « أنا الرحمن وهي الأرحم شققت لها اسما من اسمي ، من وصلها وصلته ، ومن قطعها قطعته » • وهو في كفالة مجتمع القرابة ، اذا أصبح في حاجة ملحة — أرى أصابته فاقة ومحنة ، يقول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما أهل عرصة بات فيهم أمرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » (٢) ويقول أيضا « ما آمن من بات شبعانا وله جار جائع » (٣) ثم هو بعد ذلك في كفالة الدولة ، اذ تلتزم الدولة بنفقاته من بيت المال — والمخايفة والموالي مسئولان عن هذه الكفالة وفي ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما من مؤمن الا وأنا أولى به في الدنيا والآخرة ، اقرأوا ان شئتم : النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم — فأياهم مات وترك مالا فليرثه عصبته • ومن ترك دينا أو ضياعا فليأتي فأنا مولاه » (٤) •

(١) أخرجه أبو داود في باب صلة الرحم — ج ٢ ص ٧٧ مجموعة الأحاديث القدسية للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة سنة ١٣٨٩هـ ج ١ ص ١١٧ •

(٢) محمد الغزالي — الاسلام وأوضاعنا الاقتصادية ص ٨٩ ١٩٥٠م

(٣) الاختيار — شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٤) البخاري ج ٣ ص ١٥٥ •

ويقول الامام ابن حزم أخذاً من الحديث الشريف « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من تركه يجوع ويعرى وهو قادر على إطعامه فقد أسلمه » (٥) وقد أجمل ابن حزم حقوق الأفراد الاجتماعية في قوله : فرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم : ويجبرهم السلطان على ذلك ان لم تقم الزكاة ، وإلا فيء سائر أموال المسلمين بزعم ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لابد منه ، ومن الثياب للشتاء والصيف بمثل ذلك . وبمسكن يقيمهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة ، ومسئولية الدولة عن ذلك مقررة في القرآن الكريم لقوله تعالى « الذين ان ملكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (٦) وقوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (٧) .

يقول المودودي (٨) في تعليقه على هذه الآيات ، فمن تدبر هذه الآيات ، اتضح له أن الدولة التي يريد بها القرآن ليس لها غاية سلبية فقط ، بل لها غاية ايجابية أيضا ، أي ليس من مقاصدها المنع من عدوان الناس بعضهم على بعض ، وحفظ حرية الناس ، والدفاع عن الدولة فحسب ، بل الحق أن هدفها الأسمى هو إقامة نظام العدالة الاجتماعية الصالح الذي جاء به كتاب الله ، وغايتها في ذلك ، النهي عن جميع أنواع المنكرات التي تدب بها الله بها في آياته ، واجتناب شجرة الشر من جذورها ، وترويض الخير المرضي عند الله — المين في كتابه .

-
- (٥) ابن حزم — المحلى — باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ — ١٥٧ .
 (٦) سورة الحج آية ٤١ .
 (٧) سورة آل عمران آية ١١٠ .
 (٨) أبو الأعلى المودودي — نظرية الاسلام وهدية .

ومن الأثر المعروف : كفالة معيشة الناس وضمان حاجاتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فلعلى والى وأنا أولى بالمؤمنين » (٩) .

وقد سما الإسلام بحق الكفالة الاجتماعية للأفراد فجعله قربة لله تبارك وتعالى ، فأوصى الجار أن يكرم جاره ، وأن يحسن معاملته الى أقصى الحدود فقال تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين أحسناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم » (١٠) وقد فصل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أجمله القرآن بقوله « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأبي ذر - يا أبا ذر - إذا طبخت مرقة فأكثر ماءها وتعاهد جيرانك » (١١) .

وهكذا يجعل الإسلام للفرد حقاً في كفالة عيشه قبل أسرته وقبيل مجتمعة الصغير من جيرانه وأهل قريته - ثم حقه قبل الدولة ، وهذه الكفالة تلتزم بها الدولة ، سواء أكان الفرد مسلماً أو غير مسلم .

فيرى أبو يوسف (١٢) « أن عمر بن الخطاب ، رأى شيخاً يهودياً يتكفف الناس ، فسأله عن سبب ذلك فأجابه : أسأل الجزية ، والحاجة والسن ، قال عمر : ما أنصفناك ، أكلنا شبيبته . وتركتك عند الشيخوخة وطرح جزيتي ، وأمر أن يعال من بيت مال المسلمين هو وغنياله » .

(٩) سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨٠٧ حديث رقم ٢٤١٦ .

(١٠) سورة النساء آية ٣٦ .

(١١) صحيح مسلم ج ٢ ص ٤٤٥ .

(١٢) أبو يوسف - الخراج ص ١٢٦ .

وحق الفرد قبل الدولة ، تكفله جميع موارد الدولة ، وقد قسم الفقهاء بيت المال أربعة أقسام وللفقير حق في كل مورد من هذه الموارد وهذه الأقسام هي :

١ - بيت مال الغنائم ، وهو خاص بما يختم في الحروب ، وينفق منه على مرافق الدولة وفقراء المسلمين •

٢ - بيت المال الخاص بالجزية والخراج ، ويصرف منه على مرافق الدولة وفقراء غير المسلمين الذين يستظلون بالراية الاسلامية، ويتمتعون برعاية الدولة الاسلامية •

٣ - بيت مال الزكاة ويصرف منه في مصارف الزكاة •

٤ - بيت المال الخاص بالضوائع ، وهي الأموال التي لا يعرف لها مالك ، والمتركات التي لا وارث لها ، وقد قال الفقهاء : انه كله للفقراء ، فيعطى منه الفقراء العاجزون - نفقتهم وأدويتهم ويكفن موتاهم ، ويقول الفقهاء : وعلى الامام صرف هذه الحقوق الى أصحابها (١٣) •

وهكذا نجد المجتمع الاسلامي كله مسئول عن كفاية المحتاجين ، وهذه المسئولية مقررة بالكتاب والسنة لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » (١٤) ولقوله تعالى « والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (١٥) ولقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي

(١٣) الشيخ محمد أبو زهرة - في المجتمع الاسلامي ص ٨٣-٨٤

(١٤) سورة المائدة آية ٢ •

(١٥) سورة المعارج آية ٢٤ - ٢٥ •

سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله» (١٦) ويقول النبي صلى الله عليه وسلم من لم يهتم بأمر المسلمين فليس منهم» (١٧) *
ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « المؤمن للمؤمن كالأبنين »
يُشَدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا « (١٨) *

كما امتدح النبي جماعة من الأثريين ، لأنهم كانوا إذا أرموا في الغزو ، أو سفر ، جمعوا أزوادهم ثم اقتسموها بينهم بالسوية . وقال الأبي فيهم « هم منى وأنا منهم » (١٩) *

وقد أنتج ذلك كله أثر في الواقع الاسلامي ، وظهر هذا التكافل الاجتماعي في مجتمع المدينة * ففرج الكرب وحل الأزمة ، حينما هاجر المسلمون من مكة الى المدينة ، وتركوا ديارهم وأموالهم وتجاريتهم بها ، فأخى النبي بينهم وبين الأنصار « أهل المدينة من الأوس والخزرج » فاققسم الأنصار أموالهم مع المهاجرين ، ووسعتهم قلوبهم وأموالهم وديارهم (٢٠) *

وحين حلت بالمدينة أزمة ، تبرع عثمان رضى الله عنه بتجارته

(١٦) سورة التوبة آية ٦٠ *

(١٧) رواه الحاكم في المستدرک ج ٤ ص ٣٢٠ - كتاب الرقاق - والطبرانی - انظر رد مصطفى السباعي اشتراكية الاسلام ص ١٤٩ *

(١٨) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي عن أبي موسى الأشعري - صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٤٦ *

(١٩) رواه البخاري في كتاب الشركة - اشتراكية الاسلام - الدكتور مصطفى السباعي ص ١٢٦ *

(٢٠) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٢٨٨ - البخاري - كتاب فضائل الأنصار ج ٥ ص ٣٩ *

مؤثراً ما عند الله من جزاء على ما قدمه له التجار من أرباح طائلة (٢١)
وقد أوصى الاسلام الناس بالتكافل الاجتماعى *

وذلك المتزام دينى على كافة المسلمين ، الا أن هذا الالتزام الدينى
يحيله ولى الأمر الى المتزام قانونى اذا ما دعت ضرورة اليه ويستفاد
ذلك مما أثر عن على بن أبى طالب قوله (٢٢) أن الله فرض على
الأغنياء فى أموالهم بقدر ما يكفل فقراءهم ، فان جاعوا أو عروا
أو جهدوا فبمنع من الأغنياء وحق على الله أن يحاسبهم يوم القيامة
ويعذبهم *

وهكذا يقر الاسلام التكافل الاجتماعى بين الناس ، ويلزم الدولة
بتنفيذه ، ويعتبر الممتنع عنه عند الضرورة والقدرة أكماً ، قال
ابن حزم (٢٣) من عطش فخاف الموت ، فرض عليه أن يأخذ الماء حيث
وجده ، وأن يقاتل عليه ، ولا يجلب لمسلم اضطرب ، أن يأكل ميتة ،
أو لحم خنزير وهو يجده طعاماً فيه فضل عن صاحبه ، لأنه فرض على
صاحب الطعام اطعام الجائع ، فاذا كان ذلك فليس بمضطر الى الميتة
ولا الى لحم الخنزير، وله أن يقاتل عن ذلك، فان قتل الجائع فعلى قاتله
القتل « القصاص » وان قتل المانع فالى لعنة الله ، لأنه منع حقاً
وهو طائفة باغية ، لقوله تعالى « فان بغت احداهما على الأخرى
فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ، فان فاءت فأصلحوا بينهما
بالمعدل » (٢٤) ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق (٢٥) ومن

(٢١) الشيخ على الخفيف - المالكية وحدودها فى الاسلام ص ١٢٥

(٢٢) ابن حزم - المحلى ج ٦ ص ١٥٨ *

(٢٣) ابن حزم - المحلى ج ٦ ص ١٥٦ *

(٢٤) سورة الحجرات آية ٩ *

(٢٥) ابن حزم - المحلى ج ٦ ص ١٥٦ *

اشند جوعه حتى عجز عن طلب القوت ، ففرض على كل من علم به أن يطعمه ، أو يدل عليه من يطعمه ، فإن امتنعوا عن ذلك حتى مات اشتركوا في الاتم لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات ضياعا بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » (٢٦) وكذا إذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى في بئر ، وصار هذا لأنجاء الفريق (٢) ومن ذلك ما حدث في عهد عمر بن الخطاب إذ ورد جماعة على ماء ، وكانوا في حالة من العطش أشرفوا عليها على الهلاك ، هم ودوابهم ، فأبى أصحاب الماء أن يسمحوا لهم بالشرب منه ، فلما وفدوا على عمر أخبروه بالأمر فقال لهم هلا وضعتهم فيهم السلاح (٢٨) فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلا ، والنار وثمنه حرام » (٢٩) • وقال : « ثلاث لا يمتنع : الماء ، والكلا ، والنار » (٢٩)

وما فعله أبو عبيدة بن الجراح حينما خرج للجهاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان معه ثلثمائة من الصحابة ، ففنى زادهم ، فأمرهم أن يجمعوا أزوادهم في مزودين ، وجعل يقيوتهم أياما على السواء (٣٠) وقد اقتضى التكافل الاجتماعي في الاسلام، أن يعطى الفرد على قدر حاجته فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتاه فيه قسمة من يومه ، فأعطى الأهل حظين ، وأعطى العزب حطة واحدا (٣١) كما نجد في النسيرة التي كان عليها الخليفة عمر بن الخطاب.

(٢٦) الاختيار - شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٢٧) الاختيار - شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٢٨) أبو يوسف - الخراج ص ٩٧ •

(٢٩) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٢٦ حديثه رقم ٢٤٧٢ ، ٢٤٧٣ •

(٣٠) ابن حزم - المحلى ج ١ ص ١٥٨ •

(٣١) أبو عبيدة - الأموال ص ٢٢٢ •

بعض ما شرعه الاسلام لكفالة العيش الكريم للناس :

١ - فمن ذلك أنه بينما كان يحرس قافلة لبعض التجار الذين نزحوا بالمدينة ليلاً ، اذ به يسمع بكاء طفل فتوجه نحوه ، وقال لأمه : اتق الله وأحسنى الى صبيك ، ثم عاد الى مكانه ، فسمع بكاءه ، فعاد الى أمه فقال : ويحك • اذى أراك أمراً سوء ، ما لى لا أرى ابنك لا يقر منذ الليلة قالت: يا عبد الله قد أبرمتى منذ الليلة (أى أضجرتنى)انى اريغه عن الطعام فيأبى ، قال ولم ؟ قالت : لأن عمر بن الخطاب لا يفرض الا الفطيم ، قال : وكم له ؟ قالت كذا وكذا ، قال ويحك ، لا تعجلينه ، فصلى الفجر وما يستعين الناس قراءته من غلبة البكاء ، فلما سلام قال : يا يؤسا لعمر ، كم قتل من أولاد المسلمين ، ثم أمر منادياً فتادى لا تعجلوا صبيانكم عن الطعام ، فانا نفرض لكل مولود فى الاسلام ، وكتب بذلك على الآفاق (٣٢) •

٢ - كان يفرض لكل مولود عطاء يزداد الى عطاء أبيه «مائة درهم» وكلما نما المولود زاد العطاء •

٣ - وقد ذهب شباب الى الجهاد فى سبيل الله ، وأبوه شيخ كبير ، قد كف بصره ، وكان كثير الحنين والبكاء لغيبة وحيدهم فلما بلغ ذلك عمر بن الخطاب ، أحضر الشاب وقال له : الزم أبويك ، فجاهد فيهما ، ما بقيا ، ثم شأنك بنفسك ، وأمر له بعطائه وصرفه مع أبيه (٣٣) •

وفى ذلك تقرير لكفالة العيش للأفراد تلتزم به الدولة ، وتنقل هذا الالتزام الى من يستطيع ذلك ، كما كان عمر يحمل الطعام بنفسه ويذهب به الى الجوعى يطعمهم ، ومن لم يأت أرسل اليه بالدقيق

(٣٢) الدكتور سليمان الظماوى - عمر بن الخطاب ص ٩٦ •

(٣٣) الدكتور سليمان الظماوى - عمر بن الخطاب ص ٩٧ •

والتمتع الى منزله ، وكان يتعمد المرضى ويتولى أكفان المارقين ويذهب بعد ذلك كله الى المسجد ، يناجي ربه متضرعا وهو يقول : اللهم لا تجعل هلاك أمة محمد على يدي (٣٤) ولقد جرى على هذه السيرة عثمان وعلى والخلفاء الراشدين ومن بعدهم •

هذا وقد ضمنت الدولة الاسلامية خزانتها العامة ، ما يكفل القيام بحوائج ذوي الحاجات تأكيداً لمسؤوليتها عن كفالة المحتاجين ، فأنشأت بيت المال ، وقسمته الى أقسام تتضمن أبواب الايراد والانفاق (٣٥) •

وتقديراً لكفالة الاسلام لحق العيش الكريم للأفراد ، تضمن الاسلام نظاماً ثلاثة هي :

الزكاة — والصدقات — والوقف •

المسألة الأولى الزكاة :

الزكاة هي الركن الثالث من أركان الاسلام ، وهي عبادة مالية تمثل حقاً للفقير في مال الغنى بالمال الذي تجب فيه الزكاة ، يكون شركة بين الفقراء وبمثلهم ولى الأمر ، وبين أصحاب الأموال ، وإذا امتنع الأغنياء عن اخراجها كانوا آثمين ، وأجبرهم الامام على اخراجها (١) •

والزكاة مقررة بقوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله

(٣٤) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ١٠٠ •

(٣٥) أبو عبيدة — الاموال ص ٢٢٧ •

(١) الشيخ محمد أبو زهرة — نبي المجتمع الاسلامى ص ٨٦ — ٨٧ •

وابن السبيل مريضة من الله» (٢) وقوله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (٣) وقد فصلت السنة ما أجمله الكتاب من أحكام الزكاة — ويعتبر الخليفة نفسه مسؤولاً عن كفالة المحتاجين اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم — فقد كان عمر يعس في المدينة ليلا ليعرف فقيراً يبيت على الطوى فيطعمه — أو طفلاً لا يجد ما يتبلغ به فيؤكله • وكان بصره نافذاً يتعرف أسرار الضعف والمضعفاء فيسد حاجتهم ، ولقد كان يعد نفسه خازناً للمؤمنين وفي ذلك يقول : « ما من مسلم الا له في هذا المال حق » (٤) ولقد كان في التطبيق العملي للزكاة في عصر الخلافة الاسلامية ما يؤكد الأثر الفعال لها — فقد كان الخلفاء الراشدون حريصين على ألا يكون محتاج في الأرض الا أنفقوا عليه — وقد اعتزم عمر بن الخطاب أن يقوم برحلة الى آفاق دولة الاسلام ومعه الأموال ينفق على المحتاجين ويعطيهم بعد التحري عنهم (٥)

كما أرسل والى الصدقات بافريقيا الى الخليفة عمر بن عبدالعزيز يقول له : لم يبق فقير محتاج في افريقيا وبيت مال الصدقات ممتاز — فأرسل اليه عمر بن عبد العزيز يأمره بأن يسدد الديون عن الحدين • فسدد ديون الناس حتى لم يبق مدين يستحق السداد ولم يسدد دينه • ثم أرسل الى الخليفة أيضاً أنه مازال في بيت المال الكثير من الصدقات فأمره بأن يشتري العبيد ويعتقهم (٦) •

(٢) سورة التوبة آية ٦٠ •

(٣) سورة التوبة آية ١٠٣ •

(٤) مختصر المزني — على كتاب الام للشافعي ج ٣ ص ٢٠٣ •

(٥) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ١٠٣ •

(٦) القرطبي — الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ •

المسألة الثانية : الصدقات :

المقصود بالصدقات في هذا البحث هو الانفاق في سبيل الله وذلك غير الصدقة المفروضة بوصفها ركنا من أركان الاسلام — وهى الزكاة:

١ — حكم الصدقات

الصدقة بمعنى الانفاق — واجبة عند لزومها — لأنه يجب على كل مؤمن يرى مؤمنا في حال تستوجب المعونة — أن يعينه سواء سأل أم لم يسأله — ولقد أمر الله تعالى — وكذلك نبيه الكريم ببذل الصدقات — والانفاق في سبيل الله — يقول الله تعالى : « ان تقرضوا الله قرضا حسنا يضاعفه لكم — ويغفر لكم » (٧) وقوله تعالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » (٨) ويقول النبي الكريم : « أطعموا الجائع وفكوا العاني » (٩) ويقول صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم كسا مسلما ثوبا على عرى كساه الله من خضر الجنة — وأيما مسلم أطعم مسلما على جوع أطعمه الله من ثمار الجنة — وأيما مسلم سقى مسلما على ظمأ سقاه الله عز وجل من الرحيق المختوم » (١٠) ويقول صلى الله عليه وسلم « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه » (١١) ويقول ابن حزم (١٢) وإذا ترك المسلم أخاه الجائع فلم يسد جوعه فقد أسلمه — والصدقة الواجبة هي ما زاد عن الحاجة • يقول الله تعالى : « ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو » (١٣) •

(٧) سورة التغابن آية ١٧ •

(٨) سورة آل عمران آية ٩٢ •

(٩) البخارى ج ٧ ص ١٢٠ •

(١٠) سنن الترمذى ج ٤ باب ١٨ ص ٦٣٣ حديث رقم ٢٤٤٩ —

كتاب صفة القيامة •

(١١) البخارى ج ٣ ص ١٦٨ •

(١٢) ابن حزم — المحل — ج ٦ ص ١٥٦ •

(١٣) سورة البقرة آية رقم ١٢٩ •

ومصارف الصدقة متعددة وقد رتبها الشارح تفصيلا فيقول تعالى « يستألونك ماذا ينفقون — قل ما أنفقتم من خير فقلوا للذين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل » (١٤) فالصدقة ثوابها أيما كان مصرفها — ولكن الثواب يتضاعف في التصديق على ذوى القربى. يقول النبي صلى الله عليه وسلم « دينار أنفقته في سبيل الله — ودينار أنفقته في رقة — ودينار تصحقت به على مسكين — ودينار أنفقته على أهلك — أعظمها أجرا الذى أنفقته على أهلك » (١٥) •

٢ — هل في المال حق سوى الزكاة ؟

يقرر الاسلام مسؤولية الدولة عن كفالة الأفراد • والوفاء بحاجات الفقراء والمحتاجين — وقد أوضحنا أن من مصارف الزكاة هذا الواجب — كما أن في أموال الفقى والفنائم • وفي الكفارات والنفقات باب لهذا الوفاء — فإذا لم تنف الزكوات وما في بيت مال المسلمين بحاجات الناس • ولم تقم الصدقات المنشورة بسد هذا الواجب — كن للدول أن تفرض من الضرائب ما يسد هذا الواجب — وما يقوم بحاجات الناس (١٦) ومن المستقر في الفقه الاسلامى أن رعاية المصلحة العامة تقتضى أنه إذا خلا بيت المال — أو ارتفعت حاجات الجند • وليس فيه ما يكفيهم — فللامام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في المال — إلا أن يظهر مال في بيت المال أو يكون فيه ما يكفى (١٧) ولا تلجأ الدولة إلى الاستقراض — إذ أن الاستقراض في الازمات — إنما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر — أما إذا لم ينتظر شيء — وضعفت

(١٤) سورة البقرة آية ٢١٥ •

(١٥) مسند أحمد حنبل ج ٥ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ •

(١٦) انقراطى — الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ •

(١٧) الغزالي — المستصفى — ج ١ ص ٣٠٣ — ٣٠٤ •

وجرى التخلي بحيث لا يفي فلا بد من جريان حكم التوظيف (١٨) وإذا ما رجعنا الى تطبيقات ذلك في الدولة الإسلامية — وجدنا فيما رواه عبد الرحمن بن أبي بكر : أن أهل الصفة كانوا قوما فقراء يجتمعون في مكان بمسجد النبي صلى الله عليه وسلم وكان يطعمهم من طعامه — وفي ذلك يقول : « من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث ، ومن كان عنده طعام أربعة فليذهب بخامس أو سادس » (١٩) .

وقد الرسول صلى الله عليه وسلم « من كان له فضل زاد فليعد به على من لا ظر له » (٢٠) وهذا يقتضي وجوب انعام الفقير على من كان يستطيع انعامه ولا يجوز تركه عرضة للجوع (٢١) ولما كان عام المجاعة في عهد عمر — أرسل الى ولاية الأمصار ليمدوه بالطعام والأموال — فأرسل له كل وال ما استطاع إرساله — وكان يوزع الطعام على الناس بالسوا — ومما أثر عنه في تلك المحنة قوله « لو امتدت المجاعة لوزعت كل جائع على بيت من بيوت المساكين — فإن الناس لا يهلكون على أنصاف بطونهم » (٢٢) ومن أقواله في هذا الشأن « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت — لأخذت فضول أموال الأغنياء — فردحتها على فقراء المجاهدين » (٢٣) وعلى ذلك فالصدقة واجبة في المال فضلا عن الزكاة كما أن فرض الدولة الضرائب — إذا لم تف الزكاة والصدقات واجب

(١٨) للقاتشندى — مبيع الأعشى ج ٤ ص ٥٥ .

(١٩) البخارى ج ٥ ص ٣٨ — ٣٩ .

(٢٠) مختصر مسلم — كتاب القيامة ج ٢ ص ٤٣ حديث رقم ٦٠٦٦ .

(٢١) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢٢) الدكتور مصطفى السباعى — اشتراكية الاسلام ص ١٢٦ .

(٢٣) ابن حزم — المحلى — ج ٦ ص ١٥٨ .

عليها القيام بواجباتها — وقد روى ابن حزم (٢٤) عن ابن عمر أنه قال : في مالك حق سوى الزكاة — ثم قال : وصح عن الشعبي ومجاهد وطاووس وغيرهم كلهم يقولون : في المال حق سوى الزكاة — ثم أرفف هذا بقوله : مانظم عن أحد فهم خلاف هذا الا عن الضحاك بن مزاحم — فإنه قال : نسخت الزكاة كل حق في المال — ثم أعرب ابن حزم عن رأيه في الضحاك فقال وما رواية الضحاك بحجة — فكيف برأيه ؟ •

وكما سبق أن أوضحنا — فقد حدد ابن حزم مستوى الكفاية للأفراد — الذي تلتزم الدولة بكفالاته لهم — والذي يحق لها من أجله أن تتخطى حدود الزكاة المفروضة — فتفرض الضرائب وتجبها للانفاق في هذا المسبيل — بأن يقام لهم :

- ١ — بما يأكلون من القوت الذي لايد منه •
- ٢ — ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك •
- ٣ — ويمسكن يقيهم من المطر ، والصيف والشمس — وعيون المارة •

المسألة الثالثة : الوقف :

الوقف : لغة — الحبس — وهو مصدر وقف — أى حبس — ومنه الموقف — لحبس الناس فيه — للحساب — كما تقول وقفت عن المسير — اذا منعت نفسك عنه — ومنه الاطلاع — تقول : وقف على المعنى : أى اطلع عليه — ووقفته على ذنبه — أى أطلعته عليه (١) •

(٢٤) ابن حزم — المحل ج ٦ ص ١٥٨ •

(١) المختار — مادة وقف •

ومعناه شرعا : حبس العين على حكم ملك الواقف — والتصدق
بما انفعة على جهة من جهات البر في الحال — أو المال • وذلك عند أبي
حنيفة (٢) •

ويعرفه آخرون — بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى —
والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء — أو انتهاء — وذلك
عند صاحبين — وملك والشافعي (٣) والفقهاء متفقون على أن الوقف،
مستحب شرعا — واكتهم اختلفوا في لزوم الوقف بعد صحوره — فاستند
القائلون بعدم لزومه — وذلك رأى الامام أبي حنيفة الى قول النبي
صلى الله عليه وسلم : « لا حبس عن فرائض الله » (٤) ووجه الدلالة —
أن القول بلزوم الوقف — وخروج العين الموقوفة من ملك الوقف —
يترتب عليه حبس المال عن الورثة — ومنعهم من أن يأخذوا فرائضهم
التي فرضها الله لهم — فيكون منها عنه — والقول بعدم لزومه يتفق
مع آيات المواريث — ولا حبس فيه فيكون هو المشروع (٥) •

واستند القائلون بلزومه — الى ما روى عن عمر بن الخطاب —
من أنه جاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : أصبت أرضا بخيير —
لم أصب قط أنفس منها عندى فما تأمرنى به ؟ فقال الرسول : ان شئت
حبست أصلها — وتصدقت بثمرها — (٦) فتصدق بها عمر — أنها لا
تباع — ولا توهب — ولا تورث — وتصدق بها في الفقراء • وفي

(٢) ابن عابدين — حاشية رد المحتار ج ٣ ص ٤٩٣ •

(٣) شرح الباجي للموطأ ج ٦ ص ١٢٢ •

(٤) مسند المارقطني ج ٢ ص ٤٥٤ •

(٥) الدكتور محمد مصطفى شلبى — محاضرات في الوقف والوصية

ص ٩ سنة ١٩٥٦م •

(٦) أخرجه الستة — كما جاء في نصب الراية ج ٣ ص ٤٧٦ •

القريبى — وفى الرقاب — وفى سبيل الله — وابن السبيل — والضيف —
لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويمطعم غير متمول (٧)
والرأى الراجع — هو قول صاحبين — بلزوم الوقف •

والوقف هو أحد المؤسسات التى أقامتها الدولة الإسلامية لكفالة
الفقراء وهو نوعان : أهلى — وخيرى •

فالوقف الأهلى : يقصد به تأمين التكافل الاجتماعى لأقرباء الواقف
وذريته وذلك احتفاظا لهم بقدر مناسب من العيش طول حياتهم —
بحيث يؤول ما يدره بعمدهم الى جهة خير لا ينقطع — كالفقراء —
والمؤسسات الاجتماعية •

والوقف الخيرى : يكون لتمويل التكامل الاجتماعى لكل جهات
المبر والخير — وهى متعددة • لا تدخل تحت حصر — ويحددها الواقف
فى شروطه •

وقد كان فى واقع المجتمع الإسلامى — أوقاف لكفالة الأيتام —
والمكفلة — والمعجزة — والعميان — والمقعدين •

كما وجدت أوقاف على المساجد — والمدارس — والمستشفيات —
والمقارن — والتكايا — والمسكيات — والمقابر •

وأوقفت أعيان على القرض الحسن — والأشجار المثمرة —
والتزويج الشباب — والفتيات — ونحو الأضاحى فى عيد الأضحية —
وتوزيعها على الفقراء فى رمضان •

وكذلك أوقفت أموال على اعداد السلاح والخيول للجهاد — وتجهيز
المقاتلين — بالمال وغيره — واصلاح الجسور — والطرق العامة •
والوقف : اجراء اختياري للفرد — بعكس الزكاة — فهي فريضة
واجبة — ويعكس الصدقة — اذ تصبح واجبة عند لزومها •
تلك هي ركائز كماله العيش الكريم في النظام الاسلامي — تؤمن
بها الدولة • حياة المحتاجين — وتكفل بها معيشة المعوزين :
« والله أعلى وأعلم »

د/ عبد الصمد سيد محمد صميحة

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقياً في الشريعة والقانون

د/ محمد زين العابدين طاهر محمد
مدرس القانون الجنائي
بكلية الشريعة والقانون بأسبوط

تمهيد وتقسيم :

مما لا شك فيه أن للحالات الصحية والخلقية التي تتسم بطابع الخروج عن المألوف في مجال السنن الكونية اعتباراً قيمياً يتعلق بسلامة أحكام التي تسرى على مثيلاتها من الحالات السوية الأخرى ، وهذا الاعتبار مرجعه أساساً إلى طبيعة المعطيات التي تنطلق من هذه الحالات غير السوية أياً كانت طبيعتها وأياً كان مجالها ، أي سواء كان ذلك في نطاق الحالات الميئوس من علاجها ، أو الحالات الخاصة بالمشوهين خلقياً ، وسواء كانت المعطيات طبية أم شرعية أم قانونية وسوف نحاول بعون الله وتوفيقه لقاء الضوء على هذه المعطيات المختلفة لكلتا الحالتين لمعرفة نطاق وحدود الحماية الجنائية التي تترتب على ذلك وذلك فيما يأتي :

(١) أي الذين لحقهم نوع من عدم السوية في الخلقة - بكسر الخاء - لا بضمها كما سوف نشير إلى ذلك في حينه .

المطلب الأول

المعطيات الطبية لكل من الميئوس من علاجهم والمشوهين خلقيا

أولا : بالنسبة للميئوس من علاجهم :

قبل التعرف لهذه المعطيات الطبية يجدر بنا اللقاء الضوء على
المضمون الخاص بالميتئوس من علاجه ثم على تلك المعطيات •

الميئوس من علاجه : هو الشخص الذي اعتراه مرض عضال غير
قابل للعلاج في الوقت الراهن (٢) • أو بمعنى آخر : هو الشخص الذي
أصيب بمرض ما واستنفذ الأطباء معه كل وسائل العلاج وصار غير
قابل للشفاء (٣) • ومثل هذه الأمراض الميئوس من علاجها غالبا ماتكون
أمراضا قاتلة بالنسبة للإنسان ، ومن هذا المنطلق كان لأعداد من هذه
الأمراض الآثار السيئة على شخصية المريض ونفسيته وحياته التي
قد تدفعه في كثير من الأحوال الى التخلص من نفسه أو الانتحار ،
فالعلاقة وثيقة بين صحة الإنسان ونفسيته (٤) ، لأن الصحة والمرض

- (٢) انظر مضمون هذا المعنى د. أحمد شرف الدين - الحدود
القانونية والانسانية للانعاش الصناعي - بحث منشور بالمجلة الجنائية
القومية (المجلد التاسع عشر) العدد الثالث نوفمبر ١٩٧٦م ص ٤٥٨ •
(٣) وصيورته غير قابل للشفاء انما كان بحكم علم البشر ، أى
بمقتضى الأسباب التي هي في مكنه ومقدور انبشر لا بحكم علم الله
سبحانه وتعالى وقدرته على الشفاء والا فما من داء الا وضع الله له دواء
ولذلك كان الطب في كل يوم يظهر بالجديد في هذا المجال •
(٤) انظر د. محمد السعيد رشدى - الجوانب القانونية والشرعية
للمجراحة التجميل - دراسة مقارنة ص ١٤ ط ١٩٨٧ •

أيضا من خصائص الأجسام العضوية وحدها بل يشملان النفوس والأرواح أيضا ، فالإنسان ليس جئة ناطقة فحسب بل هو نفس عاقلة (٥) أيضا لها مملكتها ووضعها الخاص في الحياة •

وعلى الرغم من ذلك أى من حيث ما يعترى مثل هذه الحالات من يأس فيما لحق بجسم الإنسان من الداء العضال الذى أستنفد كل وسائل العلاج — فإن لهذه الحالات معطياتها المخفية في المجالات الممتدة من النواحي الطبية والشرعية والقانونية (٦) • مما يجعلها محل اعتبار في الإبقاء على الميئوس من علاجه والمحافظة عليه بكافة الوسائل المختلفة ، ومن بين هذه الوسائل الوسائل الطبية أو العلاجية التى نطلق أساسا من المعطيات الطبية التى تجعل هذه الحالة منوطة بذلك الوسائل العلاجية أو الطبية من حيث المحافظة على الميئوس من علاجه والإبقاء على حياته ، ولما كانت لهذه المعطيات الطبية اعتبارها بآثارها في هذا المصدد كان من الجدير بنا التعرض لهذه المعطيات إبان ما لها من اعتبار في المحافظة على مريض هذه الحالة •

المعطيات الطبية الخاصة بالميتوس من علاجه :

مما لا شك فيه أن الميتوس من علاجيه أنما هو أنسلان يتسم بالطبيعة البيولوجية ويشتمل على العديد من الأعضاء التى تقوم بمهامها الوظيفية في الحياة من الوجبة التشريحية (٧) والاجتماعية وأن أى خلل في هذه

(٥) د. عبد الستار أبو غدة — المبادئ الشرعية للتطبيق والعلاج — بحث مقسم الى المؤتمر العالمى الثانى للطب الاسلامي المنعقد بالكويت ١٩٨٣م والمنشور بمجلة المسلم المعاصر الممثلة التاسعة العدد ٣٥ ص ١٠٥ (٦) وسوف نشير الى هذه المعطيات الشرعية والقانونية في المطلب الثانى من هذا المبحث •

(٧) وانظر تفصيلا في كيفية القيام بهذه المهام الوظيفية للأعضاء وخاصة الأعضاء الحيوية الهامة كالقلب د. شفيق عبد الملك — علم التشريح ووظائف الأعضاء ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ط ٧ مصورة •

الناحية من شأنه أن يعكر على الانسان صفو حياته ، فهو وإن كان قد دامه المرض القتال إلا أن ذلك لا يعنى اهدار حقه في العلاج ، لذلك فإن هذا المخل الذي دب في العضو من الناحية التشريحية أساسا في ثبوت حق المريض في مواجهة الأطباء ببذل كل وسائل العلاج — أيًا كانت طبيعة الداء الذي اعتراه — للمحافظة على حياته وسلامة جسمه أو حيويته وفقا لما تقتضى به قواعد وأخلاق المهنة الطبية ، لأن ذاتية مظهر جسم الانسان التي هي إحدى الصفات المميزة له في الحياة عن غيره ممن هم في عداد الموتى أو « ميتى الاحياء » هي التي تنطلق من حيويته (٨) التي تمكنها القوى الحيوانية في الانسان (٩) ، ولما كان لتنظيم العلاج الطبى ، وظائفه الهامة واعتباره في أعين الناس دائما (١٠) فإنه من هذا المنطلق كان الأطباء مطالبين ببذل قصارى الجهد تجاه المريض الميؤوس من علاجه في سبيل المحاولة لانقاذ حياته وسلامة جسمه ، لأن أهمية مادة الجسم تأتي من منطلق المحافظة على المهام الوظيفية للأعضاء من الوجهة التشريحية وما يستتبع ذلك من القيام بالمهام الاجتماعية والشرعية والقانونية التي تقتضها أساسا مع الوظيفة الاجتماعية للعمل الطبى التي منحت الأطباء حق امتياز على جسم الانسان (١١) والتي تكمن أساسا في المحافظة على حياة وسلامة

(٨) انظر مجلة لايف الطبية العلمية — العدد الخاص بجسم الانسان

ص ٣٥ ط ١٩٦٨ م د. آلان إيمانورس .

(٩) أى القوة التي اذا حصلت في الأعضاء هيأتها لقبول قول الحس

والحركة وأفعال الحياة .

انظر القانون فى الطب لابن سينا ج ٢ ص ٧٠ ط جديدة بالافونس

مصورة عن طبعة بولاق .

(١٠) انظر د. مغفلة عبد المنعم نور — الطب والمجتمع ص ٤٥ ط

١٩٨٣ م .

(١١) انظر في ذلك :

R. SAVATIER : Impérialisme médical sur le terrain du droit.

R. DALLOZ 1952 p. 157.

الأفراد (١٢) للقيام بتلك المهام الوظيفية ، لذلك فان تحسين صحة الفرد واسعاده هو هدف اجتماعي الزامى (١٣) ، ومن هنا كان الطبيب حكما ونائبا عن المجتمع في تقرير ما يراه مفيدا للمريض والمجتمع في مثل هذه الحالات الميثوس منها (١٤) متى كان ذلك في اطار الحدود الشرعية والقانونية ، ومن هنا كان من واجبات الطبيب عدم الاكتفاء بتقديم الدواء التقليدي أو الوسائل العلاجية التقليدية ، بل يجب عليه اللجوء الى كل ما من شأنه أن يأنس فيه محاولة الحصول على الشفاء باذن الله - من الوسائل انطبية الحديثة أملا في احراز التدرجات المرضية من التقدم الصحى والنفسى للمريض الميثوس من حياته ولو كان ذلك بوضعه تحت أجهزة الانعاش الصناعى (١٥) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن العلاج الطبى يمنع كثيرا من المآسى (١٦) التى تمثل منطلقا للعديد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والصحية الأخرى، خاصة اذا كان على ضوء الايجابيات الطبية التى أحدثها التقدم الطبى البائل في هذا العصر وما ترتب على ذلك من نتائج طيبة في هذا المجال فهناك العديد من الأمراض التى كان ميئوسا من شفائها من قبل أصبحت

(١٢) انظر فى هذا الحق أيضا :

R. SAVATIER : Sécurité humaine et Responsabilité civile du médecin DALLOZ 1967 P. 35

(١٣) انظر د. سعيد محمد الحفار - البيولوجيا ومصير الانسان ص ١٩٣ ط (١٩٨٤) .

(١٤) د. أحمد شرف الدين - الحدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعى ص ٤٥٩ (مشار اليه سابقا) .
(١٥)

15. Dr. ALY ABD EL-NABY : Frenesic Medecin and Toxicology P. 25, (1975)

(١٦) الموسوعة الطبية الحديثة ج ١٢ ص ٦٩٢ ترجمة مجموعة من كبار الأطباء . د/ ابراهيم أبو النجا ، د/ عيسى حمدى المازنى ، د. لويس دوس .

محلا للعلاج بل وتحقق فيها الشفاء — باذن الله تعالى — كما هو الحال بالنسبة للأعضاء المتلفة التي تم استبدالها بأخرى عن طريق النقل-والزروع سواء كان مصدرها انسان خفي (١٧) أو جثة ميت (١٨) ، أو كان عن طريق نقل الدم (١٩) ، أو غير ذلك من وسائل العلاج الأخرى. لئلا هذه الأمراض وغيرها من الأمراض الأخرى التي تماثلت للشفاء اليوم (٢٠) ، والتي لازال بعضها محل اجتهاد من قبل الأطباء للبحث عن وسيلة علاج له (٢١) ، وإلغته مهما قرر الأطباء أنه لا علاج للمرض.

(١٧)

17. Dr. JEAN-YVES NEVEUX : L'hémotransplantation Rénale chez l'homme. (Cahiers Laennec) Mars 1966, P. 15 et s, G.F. MONTIER : A propos des Greffes du Cœur. (Gazette du Palais) P. 84, (1968).

(١٨)

18. René SAVATIER : Le problème des Greffes d'Organes prélevés sur un Cadavre Dalloz. P. 89, (1968).

وتفصيلا انظر : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دكتوراة ١٩٨٦ وخاصة ص ٣٣٨ ، ٤٢١ .

(١٩) انظر :

- R. SAVATIER : De sanguine Jus, Dalloz, P. 141 et s. (1954).

(٢٠) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Hodkin) وهو مرض hemolytique neonatal الذي يلحق بالأطفال حديثي العهد بالولادة حيث توصف الى علاجه وشفائهم عن طريق تغيير الدم (انظر في ذلك : د. محمد سنامي السيد الشوز - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ص ٤١٧ ط ١٩٨٦ .

(٢١) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Toy Sake) وهو مرض يولد به الطفل ويظهر وكأنه سليم ولكنه يبدأ في المعاناة من سن الثانية ثم لا يلبس أن يموت ، وكذلك مجموعة الأمراض التي يطلق عليها أمراض (DAWNS SYNDROME)

الميثوس منه فان ذلك ليس محل اعتبار ، لأن لكل داء دواء لقوله عليه الصلاة والسلام : « عباد الله تداووا فانما خلق الله لكل داء دواء (٢٢) ، وإذا صادف الداء الدواء برىء صاحبه باذن الله ، أيا كانت طبيعة الدواء مادية أو روحية (٢٣) ، فللشفاء هو منة صاحب الشرع على المرضى من عباده ، لأن الذى وضع الشرع هو الذى وضع الطب (٢٤) ، ولأن سبب الإبقاء على حياة الميثوس من علاجه من الوجهة الطبية هو أنه من المستحيل أن يعرف الأطباء على وجه التأكيد ما اذا كانت حالته غير قابلة للشفاء ، فقد شفيت حالات من قبل كان ميثوسا من شفائها (٢٥) — كما سبق القول ، وقد يجد جديد فى مجال العلم يتيح شفاء مثل هذه الحالات التى نحن بصدها (٢٦) ، ومن هذا المنطلق كان الواجب على الأطباء العمل على إبقاء حياة مثل هؤلاء المرضى

=

راجع فى ذلك : د. الحفار — البيولوجيا ومصير الانسان ص ٨٨ وما بعدها ، وانظر بعض الأمراض القتالة فى الطب الإسلامى . طب الرازى — دراسة وتحليل لكتاب الحاوى ص ١٨١ ، ١٨٢ (ط محققة) . (٢٢) رواه أبو داود ج ٤ ص ٣ ط (بيروت) . (٢٣) كما هو العلاج بطريق الرقيا فى الشريعة ، وقد كان لها اثرها فى شفاء العديد من الأمراض التى كانت مستعصية على الطب البشرى كالصرع الناجم عن الأرواح الخبيثة (انظر زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٦٦ وما بعدها ط بيروت) والسحر وغيره من الأمراض التى تخرج عن قدرة الطب البشرى وانظر أيضا : الطب النبوى لابن القيم أيضا ص ٧٠٥ (ط محققة) ، تفسير القرطبي المجلد الثانى ص ١٢٧٦ ط أولى ، أيضا المدخل للطب الإسلامى د. محمد على مطاوع ص ٥٢ (١٩٨٥) وفى التحويل على هذه الوسيلة انظر أيضا : الموسوعة الطبية الحديثة — المشار إليها سابقا ج ١٢ ص ١٦٩٢ وما بعدها . (٢٤) قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام ص ٤ ط دار الشروق .

(٢٥) انظر : الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢٦) د. محمد على مطاوع — المدخل للطب الإسلامى ص ١٨٢ .

الميتوس من حياتهم وامدادهم بأقصى ما يسعهم لتخفيف آلامهم وتهيئة قصارى جهودهم لأراحتهم (٢٧) ، فالريض اذا شعر بأن لذائه دواء تغلق قلبه بروح الرجاء وبرد من حرارة اليأس وانفتح له باب الرجاء وكان سببا في قوة نفسه وانبعث الحرارة الغريزية فيه وقوة الأرواح الحيوانية والنفسية والطبيعية (٢٨) ، ولا حرج على الطبيب اذا ما رأى علاجه أخفق في أن يستتير باستشارة زملائه المختصين ، ولا ينقص هذا من مكانته ويترك علاجه ويلجأ إلى العلاج المقترح (٢٩) ، وهذا الاجتهاد قد يكون له أثره في الشفاء — باذن الله — خاصة اذا ما صادف هذا الدواء أو العلاج داء المريض (٣٠) العضال أو ألمه نعضى علاجه .

ثانيا : بالنسبة للمشوهين خلقيا :

المشوة خلقيا : هو الذى خلق على غير الوضع البدنى السوى ، أو هو : الذى لحقت به بعض التشوهات الخلقية التى تخرجه عن عداد الأسوياء في المجتمع من بنى جنسه ، وقد يكون ذلك مصدره العامل الوراثى ، لأن المظهر الاجمالى للكائن يكون محكوما باجمالى الجينات التى نقلها اليه الأبوان (٣١) .

والواقع أن الحالات الخاصة بالمشوهين بدنيا أو خلقيا لا تظفر من حالتين :

(٢٧) انظر المرجعين السابقين الموسوعة ج ٢ ص ٢٣٥ ، المدخل للطب الاسلامي ص ١٨٢ ، وانظر ايضا . طب الرازي ص ١٦٠ .
(٢٨) اططب النبوى لابن القيم ص ١٢ .

(٢٩) انظر الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د : يحيى شريف . د / محمد عبد العزيز سيف النصر ، د / مشالى ج ٢ ص ١٨ ط ١٩٥٨ .
(٣٠) وانظر فى ذلك وعلى سبيل المثال : طب الرازي ص ٣٠٦ .
(٣١) د الحفار — البيولوجيا ومصير الانسان ص ٢٩ .

الأولى : وهى التشوهات المكتسبة التى تلحق بالشخص نتيجة إصابته بحادث معين ترتب عليه ذلك كحوادث الحروق ، وإصابات العمل فى حوادث العمل وحوادث السيارات والقطارات ، وكذلك الإصابات الناجمة عن ممارسة لون من الرياضات العنيفة كاللاكمة والمصارعة الحرة وما يترتب على ذلك من تشوهات الوجه وغير ذلك ، أى أن هذا النوع من التشوهات يكون الإنسان قد ولد سوى الخالقة ثم حدثت له هذه التشوهات المكتسبة .

الثانية : وهى التشوهات الخلقية — أى الطبيعية — وهى التى يولد بها الإنسان وهو على هذه الحالة ، وقد يكون محل هذه التشوهات الخلقية عضو أو أكثر وقد يكون داخليا — أى خاص بعضو داخلى فى الجسم — وقد يكون خارجيا — أى خاص بأعضائه الخارجية كأرجله والأطراف وغيرها (٣٢) ، وقد يكون هذا التشوه راجعا الى التصاق توأمين فى عضو أو آخر (٣٣) وقد يكون هذا التشوه راجعا إلى اختلاف هيئة المولود أو طبيعته عن هيئة الإنسان ، وقد يكون هذا الاختلاف

(٣٢) كما هو الحال بالنسبة للشفاة الكبيرة الحجم أو المشقوفة إلى الأنف الصغير أو الكبير أو القطساء أو المقوسة ، والأذن الصغيرة الضامرة أو الكبيرة الواقفة ، والنهود الضامرة ، وكذلك طول القامة المفرط أو القصر غير المعهود وانظر فى عرض بعض الأمثلة للتشوهات والعيوب الخلقية الأخرى : د. محمد السعيد رشدى الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٩ ، وانظر فى أنواع هذه الحالات د. محمد سامى — الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٥٠٠ .

(٣٣) فقد وضعت سيادة مصرية فى صعيد مصر توأمين ماصقين عند البطن والمصدر وبجبل سرى واحد ولهما أربع أباد وأربع أرجل انظر جريدة الوفد عدد (الجمعة) ١٨ مارس سنة ١٩٨٨ ، وأيضا ما طالعنا الصحف من ولادة توأمين ملتصقين فى الرأس فى جنزب أفريقيا ، وتم إجراء عملية فصل لهما . الاخبار (الاثنين) ١٩٨٨/٥/٩ العدد ١١٢٢٧ ص ١٠ .

كلية في الهيئة أو الصورة ، كما لو كان المولود أشبه بصورة الحيوان (كالقرد مثلا) ، وقد يكون هذا الاختلاف جزئيا كما لو كان المولود مختلط الهيئة ، كما لو كان نصفه الأعلى لإنسان والآخر في صورة حيوان وقد يكون ناقص عضو ، أو زائد (٣٤) ، وقد يكون في اختلاف مراضع الأعضاء وغير ذلك مما هو خارج عن الخلقة السوية المألوفة في بنى جنس المشوه ومما لاشك فيه أن المشوة خلقيا — وإن كان الله عز وجل يمنحه نعمة السوية في الخلقة إلا أنه سبحانه وتعالى قد منحه الحياة ، ولا يعنى فقدان الأولى اهدار الثانية ، ذلك لأنه سبحانه وتعالى أدخله في عداد التكريم الإلهي الذي أسبغته على عنصر أوصفه الإدمية في الإنسان لقوله تعالى : « ولقد كرّمنا بنى آدم » (٣٥) وإذا كان سبب الوهن والضعف أو المرض لا يسأل عنه الشخص غالبا (٣٦) فإنه من باب أولى من كان لصيقا بشخصه من حيث التكوين الخلقى الذى قدر الله له أن يوجد عليه ، ولذلك فهو لا يسأل عنه (٣٧) وإلو كانت الخلقة ينفر منها ضعاف النفوس أو كانت محل اشمئزاز من الغير .

ولما كن لهذه التشوهات الخلقية في بعض الأحوال بعض الآثار الخطيرة على حياة المرء الاجتماعية ونفسيته بل وعلى شخصيته أيضا ، فإنه متى كان التشويه أو العيب البدنى قابلا للإصلاح والعلاج فإنه

(٣٤) فقد ولد في الصين طفل له رأسان وله قلب واحد وأمعاء واحدة وله عمودان فقرتان ومعدتان . انظر المجلة العربية العدد ١٠٢ ص ١٠ ١٩٨٦ ص ١٦ ، كما ولد طفل في جمهورية مصر العربية له ثلاثة رؤوس وست أصابع في كل يد وقسم جريدة المساء ٧ يناير سنة ١٩٨٨ (الخميس) ص ٤ ، كما ثبت أيضا ولادة طفل مشوه بثلاث أرجل - الأهرام عدد ١٤ يوليو سنة ١٩٨٧ ص ٢٠ .

(٣٥) سورة الاسراء الآية ٧٠ .

(٣٦) الطب والمجتمع ص ٤٣ (مشار اليه آنفا) .

(٣٧) قواعد الأحكام ج ١ ص ١٢٨ (دار الشروق) .

لا حرج على الشخص في ذلك . اتفادى ما يمكن ان يتعرض له الشخص من الآثار الاجتماعية (٣٨) والنفسية السيئة من جراء هذه العيوب أو التشوهات الجسدية ، الأمر الذى يجعل التدخل الجراحى بطريق التجميل حسبما تعوزه الحاجة هو العلاج الوحيد لوضع حد لسوء الحالة النفسية التى تؤذى المبتلى بالمعاهة فى جسمه (٣٩) ، ولا أن اصلاح هذه التشوهات يجعله داخلا فى مفهوم الصحة ، لأن الصحة حالة تستتزم كون البدن جاريا على المجرى الطبيعى (٤٠) ، ولأن الطب حافظ للصحة دافع للمرض ، فالواجب البقاء وعدم اختلال البنية (٤١) أيما كان الاختلال داخليا أى خاص بالأعضاء الداخلية ووظائفها أو خارجيا أى خاص بالأعضاء الخارجية الذى يمثل هيئة الإنسان على الوضع والصورة التى يجب أن يكون عليها دون عيب أو خال ، لأن هيئة الإنسان انما هى تابعة للجسم (٤٢) ، كما أن بقاء الأعضاء على الهيئة السابقة تعذر نوعا من السلامة المعنوية للشخص التى تقتضى الاعتراف للفرد بحقه على الهيئة أو الصورة التى تعكس كيانه المادى . وتعتبر مظهر شخصيته (٤٣) الأمر الذى يجعل للعمليات التجميلية فى هذا المجال أهمية كبيرة أيما كانت طبيعتها ولو كانت عن طريق تزيين

(٣٨) د. محمد على مطاوع - مدخل الى الطب الاسلامى ص ١٩٢ .

(٣٩) انظر : حسين عامر ، عيد الرعييم عامر .

المسئولية المدنية - التفسيرية والعقدية ص ٢٠٥ (ط ٢ ١٩٧٩م) .

(٤٠) انظر : تذكرة أولى الألباب والعجب العجيب لداود بن عمر

الأنطاكي ج ٢ ص ١٣٨ ط صبيح ، النزعة المبهجة فى تشخيص الأذهان .

وتعديل الامزجة لابن عمر الأنطاكي ج ١ ص ١٣٨ بهامش التذكرة .

نفس الطبعة .

(٤١) تذكرة أولى الألباب ج ٢ ص ١٤٠ (والمسمى بتذكرة داود) .

(٤٢) انظر : حاشية أبى الضمياء نور الدين ج ١ ص ٢٨ مطبوع

بهامش نهاية الجتناج للبرمل (ط مصطفى الحلبي) .

(٤٣) د. حسن كيرة - المدخل الى القانون ص ٤٢٢ ط (١٩٧١م) .

عضو غير كامل البنیان ، أو ازالته وزرع آخر مكانه ، أو اصلاح عضو مشوه جزئيا (٤٤) ، طالما كن ذلك في اطار تحقيق المصالح المشروعة . ولم يكن من منطلق التغير لخلق الله (٤٥) ، أو تؤدي الى حدوث ضرر أشد أو مفسدة أعظم من المراد ازلتها ، ولا دخلت في الاطار المنهي عنه شرعا ، لقوله تعالى : « ولأمرنهم فليغيرن خلق الله » (٤٦) (حكاية من أبلّيس لعنه الله) ، وقوله : « لا تبديل لخلق الله » (٤٧) ، وللقاعدة الشرعية التي تقرّر « أن درء المفسد مقدم على جلب المصلح » (٤٨) ، وقانوننا (٤٩) أيضا ومتى كانت هذه الوسيلة العلاجية - أي الجراحية التجميلية - قد تمت في إطارها الشرعي والقانوني فإنها تفتح آفاقا جديدا للمشوه الخلقي في مجال الصحة والسعادة من ناحية ، وأعمال حقوقه المكتسبة شرعا له خاصة في مجال السياسة الشرعية أو الولاية العامة (٥٠) من ناحية أخرى بالإضافة الى تحقيق الصورة الجمالية والمهيئة الحسنة السوية المستوحاه من قوله تبارك وتعالى : « وصوركم

(٤٤) انظر في ذلك تفصيلا رسالتنا السابقة - نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ج ١ ص ٣١٣ وما بعدها وأيضا ، الجوانب الشرعية والقانونية لجراحة التجميل د . محمد السعيد رشدي ص ٩ وما بعدها ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د . محمد سبيامو السيد ص ٤٩٩ وما بعدها (ط ١٩٨٦) ، الموسوعة الطبية الحديثة ج ١٠ ص ١٥١٣ .

(٤٥) انظر : د . محمد علي مطاوع في المدخل للطب الاسلامي .

(٤٦) سورة النساء الآية ١١٧ .

(٤٧) سورة الروم الآية ٢٩ .

(٤٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠ .

(٤٩) انظر في ذلك : كورنبرويست في رسالته : جراحوا التجميل

من ادعاء القدرة على التغير في الخلقة التي صنعها الله هو عمل شائن .

(٥٠) كما هو الحال بالنسبة للأمامة حيث اعتبر بعض الفقهاء انه

بعض التشوهات الخلقية مانعة من انعقاد الأمانة في حقه . انظر على

سبيل المثال : الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨ ط (١٢٩٨ هـ) .

(٧ - شرعية)

فأحسن صوركم» (٥١) ، وقوله : « لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم » (٥٢) فحسن الصورة وجمال المظهر وحسن القوام هما عنصر الجمال في الإنسان حتى لا ترى أحدا يتمنى أن يكون على غير هذا التقويم والصورة التي أنشئ عليها (٥٣) الإنسان من الخلقة السوية .

كما أن هناك من الأعضاء فيها من الجمال والنفع الكامل ما يجعل الآدمي يمتاز به من بين سائر الحيوانات فتقويته في معنى تقوته النفس (٥٤) . ونظرا لما في تقويت هذه الأعضاء من منافع وجمال كان قطعه ، أو تشويهه يعتبر عامة مستديمة (٥٥) وموجب لتطبيق العقوبة المقررة شرعا وقانونا في هذا الصدد .

المطلب الثاني

المعطيات الشرعية والقانونية لكل من

الميتوس من علاجه والمشوة خلقيا

أولا : بالنسبة للميتوس من علاجه أو حياته :

إذا كانت الوظائف العضوية التي تقوم بها الأعضاء في جسم الإنسان تتأثر أهمية فائقة من الوجهة التشريحية في مجال إبقائها على الوضع الذي وجدت عليه والمحافظة عليها بكل الوسائل العلاجية إذا

(٥١) سورة غافر الآية ٦٣ .

(٥٢) سورة التين الآية ٤ .

(٥٣) بدائع الصنائع ج ١ ص ٩٠ طبعة الامام طبعة ثانية .

(٥٤) انظر : المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ٦٨٠ ، كشاف القناع

ج ٥ ص ٥٤٩ ط ١٤٥٢ هـ .

(٥٥) الطب الشرعي-النظري والعمل د . محمد عبد العزيز سيف

والنصر ص ١٥٩ ط ١٩٥١ م .

ما اعتراها خلل ، فانها أيضا محل اعتبار مطلق من الوجهة الشرعية والقانونية من حيث ابقائها والمحافظة عليها أيضا يمنع كل ما من شأنه النيل من سلامة الحياة أو الجسم ولو كان قد اعتراها من الخلل الوظيفي ما لا يرجى معه العلاج أو ما أصبح به الشخص ميئوسا من حياته .

ونأتى أهمية المعطيات من الوجهة الشرعية والقانونية من حيث كون الانسان محلا للتحمل بالحقوق والواجبات أيا كان مجالها الشرعي أو بمعنى آخر تعبدية أو اجتماعية ففي المجال الشرعي : نجد أن الشخص ملقى على عاتقه حقوقا متعلقة بالغير وفي مقدمتها حق الله سبحانه وتعالى أو التكاليف الشرعية التي تنطلق أساسا من الوظيفة التعبدية للإنسان (٥٦) التي أشار اليها سبحانه وتعالى في قوله : « وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون » (٥٦) بالإضافة الى حقوقه الخاصة وهي مصالحه (٥٧) ، لذلك كان حق الشخص على جسمه حق مشترك بينه وبين الله تعالى (٥٨) ومن هذا المنطلق لم تكن حياة الميئوس من علاجه ملكا له بحيث يمكن له اهدارها نتيجة ما أصابه من مرض ميئوس من علاجه ، لأن القول بذلك من شأنه أن يؤدي الى اهدار تلك الحقوق الواجب أدائها شرعا لأن الأداء هو المقصود في حقه تعالى (٥٩) فلا يجوز اسقاطه (٦٠) بأي حال ، ولأن حق الله يتعلق بالرفع العام (٦١) للمجتمع ، أى الذى يعود على المجتمع وهو

(٥٦) سورة الذاريات الآية رقم ٥٦ .

(٥٧) انظر : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع بهامش

المستقصى ج ١ ص ٥٦ ط أولى .

(٥٨) قواعد الاحكام ج ١ ص ١٣٠ ط دار الشروق .

(٥٩) كشف الأسرار للبزدوى ج ٤ ص ٢٤١ ط بيروت .

(٦٠) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤٢ ط بالافست .

(٦١) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٥١ ، كشف الأسرار ج ٤

ص ١٣٤ ط بيروت .

مضمون المصلحة العامة أو حقوق الجماعة التي تتحدد أساساً على مدى حقوق الله تعالى (٦٢) ، أما في المجال القانوني ، فإنه يقع على عاتق الشخص حقوق وواجبات أو ارتفاقات خاصة بالمجتمع ، والقيام بها يأتي في إطار الوظيفة الاجتماعية التي تتعلق بالشخص بالاضافة الى الحق الفردي أو الشخصي للحق في الحياة وسلامة الجسم ، لذلك فإن حق الحياة أيضاً هو حق اجتماعي قبل أن يكون فردياً (٦٣) ، بل هو يأتي في مقدمة الأموال القانونية في المجتمع (٦٤) ، وإذا كان الميئوس من علاجه له حق في حياته ونفسه فإن هذا الحق محدود ومقيد بحقوق غيره من أفراد المجتمع من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى ، فلا يجوز التصرف في الحق الثابت للفرد إلا إذا كان بدون الخلال بالصالح الاجتماعي أو بالنظام العام (٦٥) ، ومن هذا المنطلق كانت حياة الميئوس من علاجه وسلامة جسمه محل حماية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بل المحافظة عليهما ضرورة شرعية وقانونية ، لأن المحافظة على حياته تعني المحافظة على هذه الحقوق بطريق التبعية والالزام ، ولو لم يرق بأدائها في المجتمع لوجود مانعه المرضي لأن مجرد المحافظة على حياته — كما سبق القول — يمثل

(٦٢) انظر المنخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ٣٩٣ ط دار السعادة د. عبد الناصر توفيق العطار ، أستاذنا د. سامح السيد جاد في العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص ١٣ ، ٥٢ .

(٦٣) انظر د. محمود نجيب حسني — الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ص ٥٦٦ — مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ١٩٥٩ م .

(٦٤) انظر : أستاذنا د. حسين عبيد — فكرة المصلحة في قانون العقوبات المجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨ ص ٣٩ .

(٦٥) د. علي بدوي — القانون الجنائي ص ٣٨٣ .

ضرورية شرعية وقانونية ، ومن هنا كان أى اعتداء عليه مجرا للمساعدة الجنائية فى كل من الشريعة والقانون كما سيتضح لنا فيما بعد .

ثانيا : بالنسبة للمشوه خلقيا :

أما بالنسبة للمشوه خلقيا فانه وان كان لم يمنحه الله نصيبا وافرا من الصحة والتقويم الانسانى السوى على وفق سنن الله فى خلقه من البشر ، ألا أن شأنه فى كونه مجرا للحقوق المتعلقة بالغير شأن الميتوس من علاجه بل شأنه شأن أى شخص آخر ممن هم سوى الخاقعة ، فهو ناط للحقوق الاجتماعية والتكاليف الشرعية المقررة فى الاطار الشرعى والقانونى ، ويجب عليه القيام بها أينما كان مجالسها الوظائف الاجتماعية أو التعبدية ، أى سواء كان مجالسها شرعيا أو قانونيا (٦٦) ، وارتباطه بهذه الحقوق وخاصة المتعلقة بالغير بالإضافة الى حقوقه الشخصية كان مطلقا لجعله مناطا للحماية القانونية بالنسبة لحياته وسلامة جسمه ، فالتشويه الخلقى أو التبذنى الذى لحق بالشخص لا تتأثر به الوظيفة الاجتماعية أو التعبدية للشخص الا فى الحدود التى تعوقه عن ممارسة هذه المهام الوظيفية وبالقدر الذى لا يستطيع فيه القيام بالحقوق المنوطة به ، لأنه ليس كل ما يلحق بالانسان من وهن أو ضعف يكون الشخص مسئولا عنه دائما (٦٧) ، وخاصة اذا كانت من الصفات الفطرية أو الخلقية التى وجد عليها ولا ذنب له فيها مما هى تدخله فى دائرة المشوهين خلقيا (٦٨) ، لذلك كان وجهه

(٦٦) انظر فى ذلك : مضمون المعطيات الشرعية والقانونية بالنسبة للميتوس من علاجه المشار إليها آنفا والمراجع المشار إليها فى هذا الصدد .
 (٦٧) انظر : الطب والجميع ص ٤٣ المشار إليه آنفا .
 (٦٨) انظر فى ذلك : قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام ج ١ ص ١٣٨ .

المشروعية في العمل الطبى الذى يصلح من مظهره ونفسيته بالصورة
أو بالتقدير الذى تخفف به من حالات اليأس التى تلحق به ضررا بقيمته
الشخصية والاجتماعية (٦٩) وما قد يكون له من أثر على القيام بمهامه
الوظيفية الشرعية والقانونية في هذا الصدد وما يترتب عليه من أهدار
حقوق الغير التى هى محافظ عليها شرعا والتى فى مقدمتها حق الله
تعالى (٧٠) ومن هنا كان وجه النهى عن قتل النفس والالقاء بها فى
التهلكة لقوله « ولا تقتلوا أنفسكم » (٧١) « ولا تلقوا بأيديكم إلى
التهلكة » (٧٢) حتى يتمكن من القيام بهذه الحقوق أيا كانت طبيعتها
شرعية أو اجتماعية أو قانونية ، لأن أى مساس بمستوى الوظيفة
الاجتماعية للشخص يجعل المتصرف خارجا عن دائرة الشرعية
القانونية (٧٣) .

(٦٩) انظر فى ذلك :

.PARANT: de la responsabilité des chirurgiens en matière de
soins esthétiques Th. (1932), p. 167.

• مشار إليه فى الحق فى سلامة الجسم ص ٤٩٩ .

(٧٠) انظر قواعد الأحكام ج ١ ص ١٦٧ ، نظرية الضرورة الشرعية

د. وهبة الزحيلي ص ٧٠ ط ٣ .

(٧١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٧٢) سورة البقرة الآية ١٩٤ ، وانظر أيضا تفسير روح المعاني

للألويسى ج ٥ ص ١٦ .

(٧٣) انظر فى فكرة الوظيفة الاجتماعية ودورها فى الوفاء بهذه

الحقوق أ.د. محمود نجيب حسنى - الحق فى سلامة الجسم - ص ٥٦٦

وما بعدها .

الفصل الأول

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقيا

تمهيد :

لما كان الميئوس من علاجهم والمشوه خلقيا محل اعتبار من الوجهة الشرعية والقانونية نظرا للاعتبارات المتعلقة به من حيث كونه محلا للحقوق والواجبات الشرعية والقانونية شأنهما في ذلك شأن أى فرد آخر في المجتمع ، فانهما أيضا محل اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية من الوجهتين الشرعية والقانونية من حيث حياتهم وسلامة أجسادهم شأنهم في ذلك شأن غيرهم ممن هم محل للحماية الجنائية من أفراد المجتمع ، واعمالا لهذا التعلق من الحماية الجنائية ، كان تجريم أى اعتداء من شأنه النيل من حياة الميئوس من علاجهم أو المشوه خلقيا أو من سلامة أجسادهم في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (١) .

ولما كان الاعتداء الواقع على كل من الميئوس من علاجهم والمشوه خلقيا تحكمه اعتبارات خاصة تختلف في طبيعتها عن الاعتبارات المتعلقة بالاعتداءات الأخرى الواقعة على غيرهم ، كان لهذا الاعتداء طبيعته الخاصة التي تملئها عليه الاعتبارات التي قد ترجع في مجملها

(١) وانظر في نطاق هذه الحماية بوجه عام :
مدى حق الانسان في سلامة أعضائه في الشريعة الاسلامية والقانون.
الوضعي د. محمد زين العابدين طاهر - بحث ماجستير سنة ١٩٨٢
ص ١٢٨ وما بعدها وأيضا : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
د. محمد سامي السيد ص ٢٣٣ وما بعدها .

أما إلى حسن النية ، أو إلى بعض الاعتبارات الأخرى الاجتماعية والأدبية أو الأخلاقية أو الطبية وسوف نتعرض لصور هذا النوع من الاعتداء الواقع على كل من الميتوس من علاجه أو المشوه خلقيا ، فنتعرض أولا للاعتداء الواقع على الميتوس من علاجه ثم للاعتداء الواقع على المشوه خلقيا في هذا الفصل وذلك على الوجه التالي :

المبحث الأول

طبيعة الاعتداء على الميتوس من علاجه ونطاق الحماية الجنائية

« قتل الرحمة ، أو القتل إشفاقا »

قتل الرحمة أو القتل إشفاقا يعنى ، ذلك الموت الرحيم الذى يخاض مريضاً ميتوساً منه من الآلام (٢) أى إن قتل الرحمة أو القتل إشفاقا ، هو نوع من القتل يرتكبه شخص ما ويقوم فيه بازهاق روح شخص بدافع الشفقة أو الرحمة لتخليصه من آلام مبرحة من مرض ميتوس من شفاؤه ، أو بمعنى آخر يعنى • فعلاً ايجابياً أو سلبياً يرمى آلام مريض لا يرجى شفاؤه بالقضاء عليه رحمة به فقتل الرحمة: هو نوع من الاعتداء على حياة شخص يعانى من مرض عضال ميتوس من شفاؤه يقوم به شخص ما قد يكون طبيياً أو غيره لانتهاء حياة هذا الشخص من نطاق الشفقة والرحمة تخليصاً له من الآلام مبرحة استجابة لتوسلاته بعد أن يتس مع أهل الطب وتركه في حالة يرثى له ، ومن هذا المنطلق كان وجه تسمية هذا النوع من القتل « بقتل الرحمة » أو « القتل إشفاقا » استحياء من طبيعته ، وقد عرف في

(٢) انظر :

R. MERLE et A. VITA : traité de droit criminal 2e. ed. 1973
NOS A 06.

مشار إليه د. أحمد شرف الدين فى البحث السابق :

عالم الطب والفقه القانوني بالأوتانازيا (٣) • أى القتل بدافع الشفقة أو الموت الهادئ بدون الألم ، أو الموت الطيب ، وأصبح هذا النوع من القتل يعنى في مفهوم العالم المعاصر بصورة مبسطة « التعجيل بالموت » •

وهذا النوع من القتل الذى يرتكبه الفاعل مع المريض الميؤوس من حياته تحت دافع الشفقة أو الرحمة أصبح محل اهتمام كبير لدى كل من الفقه والقضاء الوضعيين على السواء من ناحية ، ولدى فقه الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى ، خاصة وأن مثل هذه الحالات تحكمها بعض الاعتبارات الأخلاقية والطبية من ناحية ، والقانونية والشريعة من ناحية أخرى ، فالشخص العادى الذى يرى ملهوسا يتلوى من مرض عضال ويستغيث به من آلام لا يتحملها فى الوقت الذى لا يجد له من يخفف عنه وطأة هذا الألم من المرض الميؤوس من علاجه الذى ينحو به نحو الموت تأبى عليه أخلاقياته ومبادئه أن يراه يتلوى وهو على هذه الحالة وهو فى طريقه الى نهايته المحتومة دون أن يابى استغاثته وتوسلاته لتقديم يد العون له فى الخلاص من عذاب هذا الألم وراحته منه ، وكذلك أيضا الطبيب الذى استنفد مع مريضه كل سبل العلاج فى الوقت الراهن وفى نفس الوقت الذى يقدم اليه المريض

(٣) وقد عرفها البعض بأنها ظاهرة لا تتضمن شيئا استثنائيا .

فهم الموت الطيب وهى اطفاء شعلة الحياة بصورة سريعة أو بطيئة دون الألم الى نهاية الشيوخ الذين ينطفئون وهى موت كثير من غيرهم فمن أمسيبو باصابات تستهلكهم تبطل فى أيام أو ساعات ، ثم هى الموت المفاجيء • راجع ذلك نقلا عن (ليبينزى) فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن ص ٣٠١ ط ١٩٨٣ ، بحث مشخص له أيضا بعنوان « القتل بدافع الشفقة » منشور بمجلة عالم الفكر عدد ٣ من ١٩٧٣م وأنظر فى اطلاق هذه التسمية « الأوتانازيا » أيضا .

P. BOUZAT et J. PINATEL : Traité de droit pénal et de criminologie. P. 317 To. I (1970).

توسلاته واستغاثته ليريحه من هذه الآلام والعذاب الذى فاق قدراته البدنية والنفسية فى تحمله وفى ذلت الوقت الذى يعلم الطبيب أنه يهوى به المرض الى نهايته المحتومة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن هذه الاعتبارات التى تحيط بكل من الشخص العادى أو الطبيب المعالج أو أى أحد من الأقرباء وتحمله على اتخاذ موقف تجاه ذلك المريض وهو يتلوى ويتوسل ويستغيث ، هذه الاعتبارات الأخلاقية تصطدم مع الاعتبارات القانونية والشرعية التى تجعل الاقدام على مثل هذا العمل ولو كان الباعث عليه ، اراحته من تلك الآلام المبرحة جريمة شرعية وقانونية وتقع بغاظه — ولو كان طبيا — فى اطار المسؤولية الجنائية لجرائم القتل العمل فى كل من الشريعة والقانون • كما سوف يتضح بعد قليل (٤) •

من هذا المنطلق كان قتل الرحمة أو القتل اشفاقا محل تردد بين علماء الطب والأخلاق من ناحية وبين رجال الفقه القانونى (٥) وفقه الشريعة الاسلامية من ناحية أخرى (٦) فى اطار الشريعة من عدمه •

ومن أشهر الوقائع التى حدثت فى مجال قتل الرحمة أو القتل اشفاقا وكان لها صداها فى عالم الفقه الشرعى والقانونى بل والطبيب أيضا ما يلى :

(٤) وسوف نشير الى ذلك فى الفصل الخاص بالمسئولية الجنائية والمدنية الخاص بهذا النوع من القتل •

(٥) انظر هذه الاتجاهات وأدلتها القانونية والأخلاقية والطبية تفصيلا فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د • عبد الوهاب حومد ص ٣١٤ وما بعدها ط ١٩٨٣ ، الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ •

(٦) وذلك من حيث اعتبار الاذن من المريض فى ذلك سببا فى عدم توقيع العقوبة المقررة شرعا فى هذا الصدد واعتباره شبهة دافعة للحد •

أولا : في عام ١٩١٢ قتل أحد وكلاء النيابة الفرنسيين زوجته المصابة بشلل نصفي ناشئ عن إصابة « دماغية » وأثناء سؤاله عن هذا السبب قال : انه قام بواجبه تجاه زوجته التي كانت تعاني الآلام لا تطاق وقد برأته المحكمة بعد عرض القضية عليها •

ثانيا : في عام ١٩٢٥ قتلت فتاة تدعى « آيمنسكا » خطيبها الذي كان مصابا بالسرطان ، وأجريت له عملية جراحية ، ونقل دم ، ولكن الآلام التي ظل يعانيها كانت آلاما لا تحتمل فراح يتوسل اليها بصورة ملحة لتنتهي آلامه ، فضعفت ارادتها أمامه واستجابت لطلبه وحققته بكمية كبيرة من « المورفين » ، ثم أدخلت فوهة مسدس في فمه وأطلقت النار فوجد المراحة في أحضان فتاته ، وقد برأتها المحكمة أيضا •

ثالثا : في عام ١٩٣٠ قتل شخص اسمه « ريساركورث » أمه المصابة بالسرطان وبرأته المحكمة أيضا (٧) • وغير ذلك من الوقائع التي حدثت أو تصادفنا حينما بعد حين في هذا الصدد • وإذا كان الأمر كذلك فما هو حكم هذا القتل ؟

أولا : في القانون ؟

الواقع أنه على الرغم من أن قتل الرحمة أو القتل اشفاقا قد تمليه على الإنسان بعض الاعتبارات الأخلاقية في بعض الأحوال مما جعله محل تردد كبير بين الفلاسفة والأطباء وفقهاء القانون في

(٧) انظر عرض هذه الوقائع وغيرها في البحث الخاص بهذا الموضوع. للدكتور عبد الوهاب حومد - بعنوان « القتل بدافع الشفقة » ص ١٥ وما بعدها • والمشار إليه آنفا •

إطار المشروعية من علمه ، وظهور بعض الجمعيات المنتظمة لهذا النوع من القتل كجمعيات الموت الجميل أو الموت الهادي (٨) ، على الرغم من ذلك ، إلا أن هناك من الاعتبارات الدينية والأخلاقية والطبية أيضا والقانونية ما تكون مبرراً قوياً في ترجيح جانب عدم المشروعية في هذا الصدد عما هو دونه .

ومن هذا المنطلق فإن الفقه القلنوني يكاد يجمع على أن الاقدام على هذا الفعل يعتبر جريمة كاملة ويسأل مرتكبها عن قتل عمده (٩) ،

(٨) وهذه الجمعيات كانت محل اعتبار كبير في مجال نقل الأعضاء البشرية باعتبارها مصدراً هاماً من مصادر الحصول على الأعضاء البشرية في بعض الأحوال خاصة من الذين يرغبون في الاقدام على الانتحار والتبرع بأعضائهم للمرضى مشاركة منهم في الأعمال الانسانية وان كانت هذه الجمعيات غير مشروعة لما تتضمنه من ارتكاب جرائم القتل في حق الأشخاص تحت حجة وستار الموت الخيري أو الكريم .

(٩) انظر د/ محمود نجيب حسني - القسم الخاص ص ٢٢٢ ط ١٩٨٨ ، ط ١٩٧٨ ص ١٣ ، د/ فتحي سرور - القسم الخاص ص ٥٣١ د/ عبد الوهاب حومد - دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن ص ٣٢٩ - ١٩٨٣ ، د/ عوض محمد - جرائم الاشخاص والأسواق ص ١١ . د/ محمد زكي أبو عامر - القسم الخاص ص ٣٩٧ وما بعدها ١٩٧٧ . د/ أحمد شرف الدين - البحث السابق ص ٤٥٨ ، د/ صبي نجم - رضاء الجاني عليه ص ٣٦٥ ، عقد العلاج الطبى د/ محمد السعيد رشدي ص ١٢٣ ، القانون الجنائي والطب الحديث ص ١٩١ P. BOUZAT et PINATEL : op. cit. p. 377 et s., A. FAHMY-ABDOU : le consentement de la victime P. 410 Paris (1971).

وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض القضية ١٤٨ ص ٦٢٦ أشار اليه د/ زكي أبو عامر المرجع السابق نفس الموضوع جالهامش .

ويؤيده في ذلك القضاء أيضا ، لأنه وإن كان الباعث أو الدافع على ذلك نبيلًا مرجعه الى دافع الشفقة والرحمة بالجنى عليه إلا أن هذا الدافع لا يعد مبررًا لرفع النصفة التجريبية عن الفعل أو الدخول به في اطار التشريعية ، وبالتالي في نفى المسؤولية الجنائية عن المتهم ولو كان ذلك برضاء المريض الميئوس من علاجه (١٠) إذ ليس رضاؤه محل اعتبار في هذا الصدد ، لأن حياته — كما سبق القول — هي ليست حقًا له بقدر ما هي حق للمجتمع ، والقانون حينما يسبغ حمايته على الشخص إنما يحمي حياته بغض النظر عن حيوية جسمه أو الحالة الصحية له ، ولا تتأثر الحماية القانونية للحياة بخصائصها الفسيولوجية أو النفسية أو الاجتماعية ، والميائس من الحياة الذي حاول من قبل الانتحار أو المريض الذي يعاني من مرض خطير يحميه القانون حمايته لصحيح البدن ، فلا عبرة بمقدار شعور الجنى عليه بحياته أو استمتاعه بها (١١) • وهو ما أقره الطب أخيرًا (١٢) ، وقررتة الاتفاقات الدولية من خلال الاعلان العالمى لحقوق الانسان (١٣) ، وتستمد هذا النطاق من الحماية الجنائية مع المريض الميئوس من علاجه ولو كان يسمى اليه الموت بحيث يمكن القول معه بأنه هالك لا محالة (١٤) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية للميئوس من علاجه الى تجريم

(١٠) انظر المراجع السابقة ، د/ جلال ثروت — القسم الخاص (جرائم الاشخاص) ص ٤٥ ط ١٩٨٠ د/ عبد الرحيم صنفى — الوجيز في قانون العقوبات الخاص ص ٦٧ ، ٨٣ ، ١٩٨٥ •

(١١) د/ محمود نجيب حسنى القسم الخاص ص ٣٢٢ ط ١٩٨٨ •

(١٢) الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٥ •

(١٣) انظر فى ذلك تفصيلا — د/ محمد سامى السيد — الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٤١ وما بعدها •

(١٤) د/ عوض محمد — جرائم الاشخاص والأموال ص ١٠٣ ط ١٩٧٢ •

العبث بجسم أو بأعضائه أو المساس بها في مجال النقل وأنزاع للأعضاء شأنه في ذلك شأن الصحيح المعافى ، فكما لا يجوز الاعتداء على الصحيح المعافى في غير إطار الشرعية لنقل عضوه — أى في حالة عدم توافر الضمانات الطبية والقانونية الواجب توافرها لمشروعية نقل العضو — فكذلك أيضا لا يجوز الاعتداء على المريض الميئوس من علاجه أو حمايته للحصول على عضو منه لانتقاذ الغير أيا كانت طبيعته منفردا « كالقلب » أو مزجوجا « كالكلى » (١٥) ، ولا يتم ذلك الا في الاطار الشرعى وبموافقته متى كان ذلك لا يؤدي الى اهدار حياته أو القدر المتبقى له من سلامة الجسم (١٦) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية للميئوس من علاجه الى تجريم كونه محلا للتجارب العلمية في غير الحدود التي تجيز ذلك (١٧) وكان برضائه .

ثانيا : في الشريعة الاسلامية :

أما في الشريعة الاسلامية فانه اذا كان الفقه والقانون الوضعيين قد جرما الاعتداء على الغير حتى ولو كان هذا الغير ميئوسا من حياته فان ذلك لم يكن الا استهزاء بما قرره الشريعة الاسلامية في هذا المصد ، فق جرمت الشريعة هذا الفعل وذلك من منطلقين :

-
- (١٥) انظر في ذلك : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ج ٢ ص ٥١٢ .
- (١٦) انظر في حدود الشرعية لذلك : دروس في قانون العقوبات (القسم الخاص) ص ٢٦ ، ٢٧ د/ محمد زين العابدين ص ٨٨ مقررته على طلاب كلية الشريعة والقانون بأسبوط .
- (١٧) راجع في ذلك الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم — ص ٤٨٣ ، ٤٩٥ ومابعدها ، وانظر المادة ٤٣ من الدستور المصري ، الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د/ يحيى شريف ص ٢٤٠ .

الأول : انه أى الميئوس من حياته محل لحماية المشرع والحفاظ عليه انما هو ضرورة من الضروريات الشرعية .

والثانى: أنه محمل — كما سبق القول (١٨) — بالحقوق والتكاليف الشرعية والأوجب المحافظة عليها شرعا ، ومن الاعتداء عليه باهدار حياته يعنى اهدار هذه الحقوق وهو أمر محرم شرعا ، حتى ولو كان قد رضى هو بذلك لأن رضاه غير معتبر شرعا ، لأنه اذا كان قد ثبت له الحق فى حياته فان هذا الحق مشترك بينه وبين الله ، فما من حق الا وفيه حق الله (١٩) ، وحق الله لا يسقط باسقاط العبد له (٢٠) ، اذ ليس كل حق له اسقاطه (٢١) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى، أن نطاق الحماية الجنائية الذى منحه المشرع له انما يمتد اليه ولو ظهرت به الأمارات القاتلة فى مرض الميئوس من حياته (٢٢) ، أى ولو كان المرض ينحو به نحو الموت اذ ليس اماتة الله لعبده مثل قتل المخلوق له (٢٣) ، ومن هنا قال بعض الفقهاء ان من قتل انسانا يوجد بنفسه للموت فانه يضمنه (٢٤) ، ولذلك فان المشرع من أجل المحافظة عليه أباح له التداوى والعلاج ولو كان بمحرم فى الأصل (٢٥) ، أو كان عن طريق نقل عضو له من الغير متى توقف على ذلك انقاذ حياته متى

-
- (١٨) انظر ذلك فى البحث الخاص بالمعطيات الطبية والشرعية والقانونية (المطلب الثانى) .
- (١٩) انظر فى ذلك ، قواعد الأحكام ج ١ ص ١٦٧ .
- (٢٠) انظر : الفروق للقرافى ج ١ ص ١٤٢ ط بالاوفسبت .
- (٢١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٢٢ ط حديثة (محققه) .
- (٢٢) انظر : فى هذه الامارات طب الرازى ص ٣٥٦ وما بعدها ، د/ الزحيلي نظرية الفزدة الشرعية ص ١٨١ .
- (٢٣) مفتاح دار السعادة لابن القيم ص ٤١٥ ط ٢ .
- (٢٤) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥١٨ .
- (٢٥) انظر بحث الماجستير .

كان ذلك في إطار الحدود الشرعية (٢٦) ، كما يمتد نطاق حماية المشرح له الى تحريم كل ما من شأنه النيل من سلامه جسمه أو حياته ولو كان ذلك بهدف اجراء التجارب العلمية عليه لأن النفس والعضو لهما من الحرمة (٢٧) ما يتأى بهما عن جعلهما محلاً لذلك ، وإن كانت الأعضاء أو الأطراف ليست كعظم النفس في الحرمة (٢٨) ، أو كان باعتباره مصدرًا للحصول على عضو منه لزرقه في آخر وإنقاذ حياته كالقلب أو غيره إذا أدى إلى وفاته لأن ذلك يعتبر قتلاً (٢٩) إذ القتل هو فعل مذهب للروح (٣٠) يوجب القصاص ، ويوجه عام يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية أضفت نطاقاً كبيراً من الحماية الجنائية على الميتوس من حياته ، واعتبرت أن أى اعتداء على شخص ولو كان مريضاً ميتوساً من علاجه أو حياته بقصد ازهاق روحه ولو كان بدافع الرحمة أو الشفقة عليه استجابة لتوسلاته والخاصة في ذلك هو أمر مجرم شرعاً وليس ارضائه اعتباراً في ابلحة هذا الفعل (٣١) ، فكم من نفوس بريئة تزهق باسم الرحمة (٣٢) .

-
- (٢٦) انظر : رسالتنا السالفة الذكر والخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات النقل والزرع للأعضاء ج ١ ص ١٤٠ .
- (٢٧) كشف الأسرار للبزدوى ج ٣ ص ٩٦ ط بيروت (بتصرف) .
- (٢٨) المحل لابن حزم ج ١ ص ٤٠٤ .
- (٢٩) ارسالة السالفة الذكر ج ٢ ص ٥٠٢ .
- (٣٠) شرح العناية على الهداية للبابرقي ج ١ ص ٢٥٢ ط أولى .
- (٣١) وأن كان له أثر فيما يتعلق بوقف تطبيق العقوبة على الفاعل باعتبار أن هذا الطلب الرضاء يمثل إذا تقوم به الشبهة الدائرة للحد .
- (٣٢) انظر الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت بصدد بيان حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميتوس من حياته والمشوهين خلقياً منشورة بنصها في : دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص ٣٢٠ وما بعده .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية :

فانه اذا كان الاعتداء على الميئوس من علاجه أو حياته يمثل جريمة كاملة في الاطار الشرعى والقانونى ولو كان تمتد دافع إنشقة أو الرحمة ، فانه اعمالا للأحكام القانونية والشرعية في هذا الصدد يكون القائم بذلك مستولا مسئولية جنائية عن جريمة قتل — كما سبق القول ، أيا كان الفاعل ضيما أو غيره ولا يبرر ذلك وجود الدافع الانسانى لديه أو حسن الباعث لدى الطبيب أو غيره ، لأن حسن الباعث أو الدافع ليس محل اعتبار في تقرير المسئولية الجنائية للطبيب أو غيره ، في المجال الشرعى أو القانونى (٣٣) ، ولا يجوز للطبيب أو غيره الاحتجاج به في هذا المجال ، بل يجب على الطبيب القيام بواجبه تجاه مريضه ويعطيه من فنه أعلى مستوى علاجى يشفى مرضه أو يخفف من آلامه ، وأن يستخدم درايمته الفنية وما تعلمه أثناء دراسته ، وما ثبت في المراجع وما اتفق عليه العرف الطبى من علاج بكل حذق وعناية ، وأى خطأ أو إهمال ، أو تقصير من الطبيب في مجال العلاج مع المريض أيا كانت طبيعة الخطأ أو التقصير علي خلاف ما تقتضيه طبيعة مهنته وأصولها يكون موجبا للمسئولية القانونية

(٣٣) وان كان حسن الباعث أو نبل الدافع يكون له اثره فيما

يتعلق بتخفيف العقوبة وذلك طبقا للمادة ١٧ ج ، كما أن اذن المريض للطبيب أو غيره بالقتل يمثل شبهة دائمة للحد — كما سبق القول — وذلك في المجال الشرعى انظر في ذلك : بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٢٢٢ ط (الامام) ، معنى المحتاج ج ٤ ص ٥٠ ط بيروت حاشية العسوقى ج ٤ ص ٢١٣ ط بيروت ، المننى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٧٠ ط بيروت .
(*) انظر : الطب الشرعى والنوليس الفنى الجنائى ج ٢ ص ٦٣ ط ١٩٥٨ مشار اليه ٦٨٥ .

والطبية (٣٤) من ناحية ، والشرعية (٣٥) من ناحية أخرى، لأن الطبيب

(٣٤) انظر المراجع المشار إليها سابقا عند تقرير عدم مشروعية
الاقسام على الميتوس من علاجه وايضا د/ محمود مصطفى مسئولية الأطباء
والجراحين الجنائية - مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد عدد ٧٨
ص ٢٩٣ ، د/ عبد الوهاب حومد - دراسات معمقة في الفقه الجنائي
ص ٣٦١ ، د/ فتحي سرور - القسم العام ص ٤٨٩ ط ١٩٧٢ د/ مأمون
مسلما - القسم العام ص ٢٣٨ ط ١٩٧٩ ، المسئولية الجنائية للأطباء
د/ أسامة فايد ص ٢٧٤ ، ٣١٢ وما بعدها ، د/ أبو اليزيد على المتيت /
جرائم الاهمال ص ١٩٨ ط ٢ ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
ص ٣٦٦ وفي الفقه المدني انظر د/ حسن زكي الايراشي - مسئولية
الأطباء والجراحين المدنية ص ١٤٠ ط ١٩٥١ ، المسئولية الطبية د/ محمد
حسين منصور ص ١٧ (منشأة المعارف بالاسكندرية) د/ حسين عامر /
المسئولية المدنية والتقصيرية ص ٩٧ ط ١٩٧٩ وفي تفويت فرصة الشفاء
على المريض د/ محمد حسين منصور ص ١١١ .

وفي المجال الطبي : انظر : الطب الشرعي في مصر د/ سيدني
سميث ج ١ ص ٢٩ ، ج ٢ ص ٢٣ ، الطب الشرعي النظري والعملي
د/ محمد عبد العزيز سيف النصر ص ١٢ ، ١٥ ، ١٩٥١ ، الطب الشرعي
والبوليس الفني الجنائي ص ٢٣ وما بعدها وأيضا .
Dr. ALY ABD EL-NABY : Fron. and Mem. and Tox. P. 120.

الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ .
(٣٥) انظر في الفقه الشرعي في خطأ الطبيب : الاشياء والنظائر
لابن نجيم ص ٢٨٩ ط ١٣٧٨ هـ ، الأم للشافعي ج ٢ ص ٤٥١ (ط دار
الشمع) ، مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٣٢١ ، ط بيروت ، بداية
المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ ط ٤ ، المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٦ ط
بيروت ، كشاف القناع ج ٥ ص ٥٠٨ ط ١٤٠٢ هـ ، حاشية الطحطاوى
ج ٤ ص ٢٧٦ ط ٢ وفي الطب الاسلامي : القانون في الطب لابن سينا
ج ١ ص ٢١٧ ، مقال الشيخ احمد ابراهيم - مسئولية الأطباء مجلة
الآزهر المجلد ١٩ ص ٩٠٩ ، الاحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ احمد
نصر الدين ص ٨٤ ط ٢ .

إذا جهل أصول الطب أو قصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه يضمنه (٣٦) ، أو فوت فرصة الشفاء عليه (٣٧) ، ولا يجوز للطبيب أن يوقف أجهزة الانعاش الصناعي التي يرقد تحتها المريض طالما كانت أنسجة المخ تعمل أيًا كانت الاعتبارات التي تحمل الطبيب، إلا إذا كان قد توقفت أنسجة مخ المريض عن العمل فإنه يجوز للطبيب حينئذ إيقاف الجهاز الذي يرقد تحته المريض الميئوس من علاجه ولو كانت أعضاؤه لازالت تنبض بقوة الاحتراق الذاتي ، لأن إبقاء الجهاز في هذه لا يعدو عن كونه إطالة لحياة صناعية لحالة الاحتضار ، لأن الموت إذا ألم بإنسان زال ما كان له في الحياة من حق وزال تبعاً ما كان يضيفه القانون عليه من حماية (٣٨) ، أما قبل موت المخ فلا يجوز وقف الجهاز بأي حال من الأحوال متى كان يؤدي إلى وفاته ولو كان يدافع الشفقة عليه أو الرحمة به ، لأن دور الطبيب يكمن أساساً في المحافظة على حياة الشخص وليس في إطفاء شعلته حياته (٣٩) ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، أن عدم مشروعية قتل المرحمة ، أو القتل اشفاقاً فيه ضماناً كبيرة للأطباء ، إذ يحمي الأطباء من الوقوع تحت أي ضغط أيًا كان مصدره ونفى أي استجابة لذلك اعتماداً أو استناداً إلى عدم المشروعية ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل ممارسة هذا

• (٣٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٥ .

• (٣٧) د/ محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ١١١ .

• (٣٨) د/ عوض محمد - المرجع السابق ص ٤٣ ، ١٢٦ .

• (٣٩) د/ أحمد شرف الدين / الحدود الانسانية والقانونية

لانعاش الصناعي ص ٤٦٠ ، ٤٧٥ المجلة الجنائية عدد ٣ الأحكام

الشرعية للأعمال الطبية ص ١٨٠ انظر تفصيلاً رسالتنا السالفة الذكر

ج ٢ ص ٤٣٥ المبحث الخاص بامتداد الحياة بطريقة الانعاش الصناعي .

انواع. من انقتل تحت التستر على جرائم حقيقية واقعة تحت اسطوة
أحكام كل من الشريعة والقانون واتخاذ ذريعة لذلك ، بالاضافة الى
أن الدين والأخلاق وحق الثقة في الطبيب وأمانة المهنة نفسها تمنع
الاطباء من اللجوء الى ذلك وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب
اننى تكمن أساسا في المحافظة على حياة المريض بدلا من اهدارها كما
سبق القول .

المبحث الثانى

الاعتداء على المشوهين خلقيا ونطاق الحماية الجنائية

إذا كان نطاق الحماية الجنائية للميتوس من حياته يشمل حياته
وسلامة جسمه في القدر المتبقى له من السلامة الجسدية أو البدنية في
الحيوية الغضوية ، فإن هذا النطاق يمتد بطبيعته الى المشوهه خلقيا
وشأنه في ذلك شأن أى فرد آخر في المجتمع ، فلا فرق في ذلك بين ما
كان مشوه الخلقة أو مستوى الخلقة ، ولا بين ناقص الخلقة أو كاملها
فالكل محل للحماية الجنائية .

ووجه الخرج في هذه المسألة :

يأتى من منطلق الاعتبارات المختلفة التى تكون دافعا في بعض
الأحوال على الاعتداء على مثل هؤلاء ، اذ أن قتل المشوهين خلقيا يأتى
في معظم الحالات على يد أقرب الناس إليهم وأحضانهم عليهم كالأم
والأب ، وقد يملأ الوالدان رغبتهما في الخلاص منه لطبيب فيقوم هو
بذلك ، ومما لا شك فيه أن هذه الرغبة التى تدفع أقرب الناس للقضاء
عليهم والتخلص منهم قد ترجع في كثير من الأحوال الى غريزة الرحمة
المتأصلة في نفوسهم ، وخوفهم من التعب اللانهاش الدائم الذى

سيستبعرن لهم به من ناحية ، والاعتبارات الاجتماعية التي ترجع الى ما يظن الولدان أنهم سوف يعيشون تعيش في المجتمع ، وقد يكون مرجعه الى خشية السخرية أو الاستهزاء به (٤٠) من بعض أفراد المجتمع ، وقد يكون ذلك مرجعه الى بعض الدوافع الشخصية كخجل الأبوين من مواجهة الناس بمولودهم المفروب أو الرغبة في تجنب نفقات العلاج طيلة حياته بالإضافة الى مؤنة الرعاية ، فهذه الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأدبية كانت ملطاً لوجه المخرج في هذه المسألة ، ولكن أيا كانت الأسباب أو الاعتبارات ، هل تصلح مبرراً في شرعية الإقدام على قتل المشوهين خلقياً في هذا الصدد أو العتب بهم ؟ وعلاقة ذلك بالصلحة الاجتماعية أو حق المجتمع .

أولاً : في الفقه القانوني :

مما لا شك فيه أنه — كما سبق القول — أن نطاق الحماية الجنائية في الحياة وسلامة الجسم يمتد الى المشوهين خلقياً أياً كانت درجة التشويه أو العيب الخلقي الذي لحقه مادام لم يخرج به عن عداد الآدميين ، وشأنه في هذا النطاق من الحماية شأن مستوي الخلقة وكاملها ، إذ الكل محل للحماية الجنائية فالقانون لا يفرق بين قتل هذا أو ذاك ، فكل وليد جدير بحماية القانون بغض النظر عن مدى خطئه من استواء الهيئة واكتمال الأعضاء ، ولما كانت مغريزة الرحمة والتشفقة المتأصلة في الأقارب بالنسبة للمشوه خلقياً وخاصة الوالدين تمثل منطلقاً ودافعاً للمساس بحقه في الحياة تحت وطأة الاعتبارات السابقة ، فقد تحدثت الآراء في هذا الصدد (٤١) : فمن هذه الآراء

(٤٠) انظر د/ محمد السعيد رشدي — الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥١ ، ٥٣ .
(٤١) راجع عرض هذه الآراء تفصيلاً في : دراسات معنقة في الفقه الجنائي المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص ٢٨١ .

ما يجعل من حق الإباء اتخاذ القرار في إنهاء حياة الطفل ، ومنها ما يجعل من حق الطبيب الذى يفحص الطفل أن يعرض نتائج فحصه على الأهل ، فإن كانت خطوط الطفل في الحياة معقولة عمليا فلا يجوز له الامتناع عن معالجته ليموت ولو طلب الأهل ذلك ، ورأى ثالث يقرر أن مصلحة الطفل في « موت كريم » لا تقل أهمية عن « حياة كريمة » وهذا أمر يقره أهل السلطة القضائية التى تمثل المجتمع دون أن ينفرد به الطبيب والأهل وفي ذلك ضمانه للطفل ، وعلى الرغم من ذلك إلا أن الاتجاه الأقوى والأرجح في هذا الصدد هو الذى يطالب باحترام الحياة بالنسبة للمشوهين خلقيا أو المولودين قبل الأوان بكثير . من هذا المنطلق كان رأى العقد أنه على الرغم من نبل بعض الدوافع التى قد تحمل البعض على قتل المشوهين ، إلا أن القانون الجنائي القائم حاسم في هذا الصدد ، فليس في نصوصه ما يجيز للطبيب ولا لغيره أن يقوم بازهاق حياة وليد أو شخص مشوه مهما تكن درجة شذوذه الخلقي إلا إذا وصل هذا الشذوذ الى حد المسح بحيث يستحيل وصف الوليد أو الشخص بأنه من بنى الإنسان (٤٢) . وهو أمر مقبوك لقاضى الموضوع للفصل فيل على ضوء كل حالة على حده مستهينا بانطباعاته الخاصة وتقديره وبما يقرره أهل الخبرة في هذا الصدد ، ومتى خرج المولود عن عداد الأدميين من بنى الإنسان فإنه في اعتقادنا لا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية (٤٣) وإن كانت أخلاقية

(٤٢) انظر د/ عوض محمد - جرائم الاشخاص والاموال ص ٨ ،
 د/ محمود نجيب حسنى القسم الخاص ص ١٣ ط ١٩٧٨ ، د/ عبد
 الوهاب حرم - المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها ، د/ محمد زكى
 أبو عامر - المرجع السابق ص ٣٩٩ .
 (٤٣) وإن كان هذا الأمر يقتضى تدخلا تشريعا لحسم هذه المسألة
 أخذا في الاعتبار أصل الحبس وحالة الوليد .

المهنة تأبى ذلك وتلقى عليه عبء اللوم • أما إذا لم يخرج الوليد من عداد الآمية فإنه يظل محلاً للحماية الجنائية الكاملة شأنه في ذلك شأن مستوى الهيئة وبالتالي فإن ازهاق روحه يعتبر داخلاً في إطار جرائم القتل العمد ، ويعاقب فاعله بالقوة المقررة لهذه الجريمة ، ولو كان ذلك برضائه ، إذ ليس لرضائه محل اعتبار إذا كان غير وليد أو أهله إذا كان وليداً وذلك لأن إهدار حياته يعنى إهدار الحقوق والارتفاقات الخاصة بالمجتمع وهو ما لا يجوز قانوناً (٤٤) ، لأن الشخص الذى يشعر بشذوذ جسماني معين قد يحجم بطريقة أو بأخرى عن المشاركة الاجتماعية خشية السخرية أو الاستهزاء فيهدر على هذا النحو حق المجتمع فيه خاصة إذا أراد الانتماء والخلاص من نفسه ، ومن هنا كان وجه المشروعية للجراحات التجميلية أياً كانت طبيعتها •

ويمتد نطاق هذه الحماية الى سلامة الجسم أيضاً فلا يجوز العبث بأعضائه بنقل عضو منه الى آخر من أصحاب الهيئة السوية ولو كان لانقاذ حياته ، لانقضاء وجه المفاضلة بينهما ، لأنهما في نطاق الحماية سواء (٤٥) • والمشرع يهدف الى حماية حق الانسان في سلامة جسمه أياً كان الشخص (٤٦) مشوهاً أو غير مشوه أو جعله محلاً للتجارب العلمية (٤٧) •

(٤٤) انظر د/ محمد السعيد رشدى / الجوانب القانونية والشرعية

لجراحة التجميل ص ٥١ •

(٤٥) انظر رسالتنا السالفة الذكر الخاصة بنطاق الحماية الجنائية

لعمليات الزرع ج ٢ ص ٥١٢ المشار اليها آنفاً •

(٤٦) د/ حسن صادق المرصفاوى - القسم الخاص ص ١٢ •

ط ١٩٧٨ •

(٤٧) المسئولية الجنائية للأطباء - د/ اسامة فايد ص ٢٢٨ ط ١٩٨٣ •

ثانيا : في الشريعة الاسلامية :

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فانه اذا كان القانون قد أضفى على المشوهين خلقيا قدرا من الحماية الجنائية فان هذا ليس الا ترسما للسياسة الجنائية التي انتهجها المشرع الاسلامي في هذا الصدد تجاه الأفراد أيأ كانت طبيعتهم مستوى الخلقة أو مشوهيها ولم يجعل للهيئة البدنية اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية التي أضفاها على الأشخاص في المجتمع بل جعل الكل سواء في هذا الصدد من ناحية ، ومن ناحية أخرى جعلهم أيضا سواء في التكاليف الشرعية وتحملهم للحقوق ومطالبتهم بأدائها والتي في مقدمتها حق الله ، فلا فرق في ذلك بين مشوه الخلقة أو مستوى الهيئة ، لذلك فلم يجعل المشرع الاسلامي تشويه الخلقة أو استوائها محلا للثواب أو العقاب(٤٠) فعبء الجمال وكمال الهيئة أو استوائها هيمنة الله على العبد وهم مختلفون فيها ، أما التكاليف الشرعية فهم متساوون فيها ، ولذلك كان القيام بهذه الحقوق أو هذه التكاليف مناطا للحماية الجنائية في هذا الصدد دون اعتبار لهيئة من يقوم بأدائها ، ومن منطلق هذه الحماية الجنائية كان أي اعتداء عليه في المساس بسلامة جسمه أو بحياته هو موجب للعقوبة المقررة شرعا أيأ كانت الاعتبارات أو الدوافع التي حملت الشخص طبييا أو قريبا الى ذلك ، وسواء كانت هذه الاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك(٤٩) ، وأيأ كان الهدف من المساس بحياته أو سلامة جسمه ولو كان من أجل احياء الغير ، فلا يجوز مثله لانقاذ حياة غيره ، ولو كانت وسيلة الانقاذ تنقل عضو منه كالقلب

(٤٨) انظر في ذلك - قواعد الأحكام - ج ١ ص ١٣٨ .

(٤٩) انظر : البند الخاص بذلك في صدر هذا المبحث .

مثلا (٥٠) بل ولو أكره عليه بالقتل لاستواء النفوس في العصمة (٥١)، بل ولو رضى المشوه بالقتل أو بازهاق روحه ، لأن العصمة تقتضى دفع الضرر عنه بدون رضاه (٥٢) ، كما أن الانسان ممنوع من الأضرار بغيره بالنص (٥٣) ، للمحافظة عليه من ناحية وعلى حق الله من ناحية أخرى ، ومن ناحية ثالثة ان المشوهين فمن واجب المجتمع أن يوفر لهم حياة فيها شيء من الراحة شأنهم شأن أى فرد فيه ، وليس من شريعة الاسلام فى شيء القضاء على الحياة البريئة المحترمة من أجل كون صاحبها مشوه الخلقة ، ذلك لأن الحياة فى ذاتها أسمى فى حكم الاسلام بكثير من مصلحة القضاء على النقص أو التشويه فى الخلقة (٥٤) ، فكم من مشوه نبغ فى نواح أو جوانب عديدة لا تمر ولا تخطر على بال (٥٥) .

- (٥٠) انظر الرسالة السالفة الذكر ص ٥٠٢ .
 (٥١) راجع فى عدم شرعية المساس بالغير فى الاكراه - شرح التوضيح على متن التنقيح بهامش التلويح ج ٢ ص ٢٠٠ طبعة شمس الحرية ، مفتاح دار السعادة لابن القيم ص ٣٤٨ ط ٢ .
 (٥٢) شرح التوضيح على متن التنقيح ج ٢ ص ١٩٦ .
 (٥٣) د/ محمد الحسينى حنفى - المدخل للدراسة الفقه الاسلامى ص ٤٠٤ ط ١٩٨٣ . وفى علم أحقية الشخص فى الاذن للغير بالقتل أو الاعتداء عليه انظر : د/ جمال عواد - جناية القتل فى الفقه الاسلامى ص ٣٥٢ دكتوراه من كلية الشريعة بالقاهرة .
 (٥٤) انظر : د/ محمد سعيد رمضان البوطى / تحديد النسل وقاية وعلاج ص ١٦ ط (مكتبة الفارابى) .
 (٥٥) انظر : الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت بشأن حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميتوس من حيائه والمشوهين خلقيا المشار اليها آنفا ص ٢٣٠ فى دراسات معمقة د/ عبد الوهاب حومد .

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية في هذا الصدد :

فانه اذا كان تقرير المسؤولية الجنائية في حق من يقوم بالاعتداء على المشوهين خلقيا خلاصا منهم دفعا للمعرة أو لأي اعتبارات أخرى من الوالدين أو غيرهما من غير الأطباء محل اعتبار في بيان الأهمية لنطاق الحماية الجنائية المكفولة له في كل من الشريعة والقانون ، فان هذا الاعتبار في هذا الصدد يكون أكثر أهمية ويبدو بصورة جلية بالنسبة للطبيب بوجه خاص ، وخاصة في حالة ما اذا كانت حالة الفشوىء داخلية في نطاق العلاج التجميلي أو في نطاق الجراحات التجميلية (٥٦) ، والتم غالبا ما يكون علاجها نفسيا قبل أن يكون بدنيا ، وذلك لاصلاح وعلاج نفسية ومظهر الانسان أى صحته النفسية والبدنية الداخلية والخارجية باعتبار أن الطبيب أمين على صحة وسلامة شكل وجوه الانسان وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب (٥٧) خاصة في هذا المجال الجراحى ، اذ أن عمل الطبيب التجميلي أو الجمالى يكون في طبيعته منظويا على مصلحة اجتماعية تهدف أساسا الى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع (٥٨) من أجل تمكنهم من القيام بأعبائهم ووظائفهم في المجتمع وهم في حالة توازن نفسى وبدنى ، وخاصة بعدما ثبت نجاح هذا النوع من الجراحة في العديد

(٥٦) انظر في المعنى : د/ محمد فائق الجوهري - المسؤولية

الطبية في قانون العقوبات ص ٣٢٢ ، ١٩٥١ .

(٥٧) د/ حسن زكى الابراشى - مسؤولية الأطباء والجراحين

المدنية ص ٥٦ .

(٥٨) د/ محمد السعيد رشدى - الجوانب القانونية والشرعية

للجراحة التجميلية ص ٥٣ مشار اليه سابقا .

من الحالات واصلاح العديد من التشوهات التى لحقت بها وذلك عن طريق ازالتهما بالجراحة التجميلية (٥٩) •

ولا كنت الجراحة التجميلية تتم على عضو سليم (٦٠) وتمارس

(٥٩) ولعل أهم الحالات هى التى نجح فيها فريق من جراحى المخ والأعصاب المصريين فى إجراء جراحة جديدة لعلاج الجمجمة المغلقة لطفل عن طريق فك عظام الجبهة والوجه وفصلهما عن المخ والعين. والأعصاب ثم اعادة تشكيلهما مرة أخرى بالصورة الطبيعية وذلك لعلاج التشوه الخلقي الذى قد ينتج عنه توقف نمو الجبهة بما يؤثر على وظائف المخ والأعصاب وخاصة قوة الأبصار • انظر ما نشر عن هذا الخبر فى جريدة الاهرام ١١ يناير ١٩٨٦ ص ٣ تحت عنوان جراحة جديدة فى مصر ، وايضا جراحة ناجحة لفصل رأس التوأمين المتصقتين عند ولادتهما واجراءها مايقرب من ٤٠ طبيبا واستغرقت سبع ساعات ونصف فى احدى مستشفيات مدينة سويتو بجنوب افريقيا الاخبار ٩ مايو سنة ١٩٨٨ ص ١٠ ، وايضا جراحة لفصل توأمين ملتصقين من السودان عمرهما ٨ أشهر الاخبار ٢ مايو ١٩٨٧ ص ١ ، وايضا ما قام به الجراح البيزنطى من تصغير حجم ثدى وهى أول عملية من نوعها فى تاريخ جراحة التجميل وقد تمت فى القرن السابع الميلادى انظر الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٤٩٩ وما أشير اليه بالهامش •

(٦٠) أنظر : د/ محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ٧٢ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٨ •

انظر :

NICOLAS : Les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique
P. 14 thèse (1979).

أشار اليه د/ محمد سامي السيد فى / الحماية الجنائية للحق فى

سلامة الجسم ص ٥٠١ •

لأهداف غير علاجية - من حيث الأصل - أى لهدف جمالى بحت ،
أو بمعنى آخر لتحسين شكل عضو معلف من الإنجابية الصحية (٦١) ،
فإن التزامم الطبيب في نطاق هذه الجراحة يكون التزاما أقرب الى
الالتزام بنتيجة منه الى الالتزام بمجرد بذل عناية فقط ، أو بمعنى
آخر أن الخطأ المعفى عنه في الجراحة العادية يكون موجبا للمسئولية
في نطاق الجراحة التجميلية (٦٢) ، فهو وإن كان غالبية الفقه يميل
الى التزام جراح التجميل ببذل عناية الا أن العناية المطلوبة منه
أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى (٦٣) مما يعنى أن طبيعة التزامه
في هذا الصدد هو أقرب الى النتيجة منه الى الوسيلة أو بذل
العناية (٦٤) كما سبق القول ، ولذلك كانت مساءلته أو محاسبته
أشد (٦٥) في الجراحة التجميلية من غيرها ، كما يجب على الطبيب

-
- (٦١) انظر الحماية الجنائية للحق ، سلامة الجسم ص ٥٢٦
والمراجع المشار اليها في هذا الصدد .
(٦٢) انظر د/ حسن زكي الابراشي - مسئولية الأطباء والجراحين
ص ٢٩٦ ، د/ محمد حسن منصور - المسئولية الطبية ص ٧٦ ، د/ محمد
السعيد رشيد - الجوانب القانونية للجراحة التجميلية ص ٦٩ .
د/ احمد محمود سعيد مسئولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب
ومساعديه ص ٤٢٣ ، ٤٢٤ - دكتوراه ١٩٨٣ .
(٦٣) المسئولية الطبية ص ٧٦ .
(٦٤) د/ محمد عادل عيسى الرجمي - المسئولية المدنية للأطباء
ص ١٧٤ وما بعدها ط ١٩٨٥ .

(٦٥) انظر : د/ محمود مصطفى - مسئولية الأطباء والجراحين
الجنائية ص ٣٠٠ ، د/ فائق جوهر - المسئولية الطبية ص ٤١٩ ،
المسئولية الطبية ص ٧٧ ، العناية الجنائية للحق في سلامة الجسم ص ٥٢٥
د/ محمد هشام - الخطأ الطبي - بحث مقدم للمؤتمر الأول للنول
=

التجميلي أن يستخدم الطريقة العلاجية المتفق عليها وليست التي هي محل للتجارب (٦٦) ، ولا يقوم بإجراء أى جراحة الا اذا كان وثقا من نجاحها ، أما اذا كان لها مضارها الجادة في الفشل فلا يجوز له الاقدام عليها (٦٧) ، ولما كانت الجراحة التجميلية داخلة في اطار المساس بجسم الانسان. لهدف تحسيني أو جمالي من منطلق شرعية العمل الطبي ، فانها تسرى عليها في هذا الصدد القواعد التي تسرى على غيرها من الأعمال الطبية الجراحية الأخرى (٦٨) وعلى ذلك فان أى خطأ أو تقصير أو اهمال يكون موجبا للمسئولية الجنائية والمجنية (٦٩) .

للمسئولية الطبية المنعقد في جامعة « ماريوثوس » ببغداد في اكتوبر ١٩٧٨ ومنشور بمجلة الحقوق والشرية المجلد الأول مارس ١٩٧٩ ص ١٢ ، د محمد ابراهيم دسوقي / تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ص ٣٣٩ دكتوراة ، د برهام عطالله - أساسيات القانون الوضعي هامش ص ٢٦٣ طبعة أولى وفي القضاء انظر : حكم محكمة باريس في ٢ ديسمبر ١٩٥٧ دالوز ١٩٦٨ ص ٩٦ أشار اليه د محمد هشام البحث السابق ص ١٢ وفي الجانب الطبي انظر :
CAMPBELL o S : -UROLOGY. To 3, P. 1144.

(٦٧،٦٦) انظر في ذلك د محمد حسين ، المسئولية الطبية ص ٧٤ والاحكام المشابهة فيها في هذا الصدد .

(٦٨) وذلك في غير ما يتعلق بطبيعة التزام الجراح التجميلي :

(٦٩) انظر في ذلك على سبيل المثال :

ANTOUN F. A. : Le consentement de la victime p. 431.

والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ص ٥١٧ ، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٨ وما بعدها ، أيضا د/ الأبراشي ، مسئولية الأطباء ص ١٢٣ ، د/ اسامة فايد - المسئولية الجنائية للأطباء ص ٢٧٤ ط ١٩٨٣ ، د أبو اليزيد على المستيت ، جرائم الاحمال ص ١٩٨ ط ٢ .

وأما في مجال الفقه الشرعي :

فإنه إذا كان تقرير المسؤولية الجنائية بالنسبة للاعتداء على المشوه خلقيا كنتيجة لنطاق الحماية الجنائية في القانون الموضوعي من حيث النيل من حياته أو سلامة جسمه محل اعتبار في قيام الصرح القانوني في إضفاء الحماية الجنائية على قتل هؤلاء المشوهين فإنه أيضا كذلك بالنسبة للشرعة الإسلامية ، بل جعلت المحافظة عليه ضرورة شرعية على الرغم من التشويه الذي يلحق به أيا كانت طبيعته (٧٠) ومن أجل ذلك كانت شرعية العمل الطبي خاصة بالنسبة للطبيب الذي يتولى القيام بالعملية التجميلية لإصلاح وتقويم أي تشويه ، وبعد ثبوت نجاح هذه العمليات في هذا المجال (٧١) — كما سبق القول — طالما كان ذلك في الحدود الشرعية (٧٢)، وذلك من منطلق القواعد والنصوص الشرعية التي يستوحى منها مشروعية هذا العمل الطبي لازالة ضرر التشويه ، فمن المسلم به أنه لا كان ضرر التشويه يمثل مشقة قد يكون لها صداها في اعتبارها عائقا للشخص عن مباشرة حقوقه الشرعية والتي لولا هذا التشويه لما حيل بينه وبين هذه الحقوق الشرعية (٧٣)

(٧٠) انظر أمثلة لهذا التشويه في قواعد الاحكام ج ١ ص ١٣٨
مشار اليه آنفا وفي نفس الموضع .

(٧١) انظر مقالة أحمد إبراهيم — مسؤولية الأطباء — مجلة الأزهر
المجلد ١٩ ص ٩٠٦ (١٣٦٧ هـ) .

(٧٢) أي التي يستهدف الطبيب بها علاج تشويه بدني لا تغيير
لخلق الله راجع المعطيات الشرعية والقانونية للمشوهين خلقيا في البحث
التمهيدى .

(٧٣) انظر ما ورد في هذا الصدد من منع الشخص من مباشرة حق
الإمامة العظمى أو الولاية العامة فيما إذا لحقه التشويه البدني في البحث
التمهيدى .

والاجتماعية(٧٤) كانت هذه المشقة جالبة للتيسير اعمالا لقاعدة المشقة تجلب التيسير(٧٥) والتي يتخرج عليها جميع رخص الشارع وتحقيقاته(٧٦) ، كما أن ازالة الضرر واجبة أيضا اعمالا لقاعدة الضرر يزال(٧٧) ، ومن هنا فقد أباحت الشريعة الاسلامية للأطباء الاجتهاد في علاج كل ما من شأنه أن يلحق البنية من خلل(٧٨) أيا كان الخل ظاهرا أو باطنا ، لأن اصلاح الأجسام مقصد من مقاصد الطبيب في عمله الطبى (٧٩) ، ومن منطلق حرص الاسلام على حسن المظهر ولصوره الجمالية ، لأن الله جميل يحب الجمال(٨٠) ولقوله تعالى : « لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم » (٨١) وقوله « وصوركم فأحسن صوركم »(٨٢) ، والمعامل على وفق المقاصد الإصلية عامل على

-
- (٧٤) انظر أيضا في أثر التشويه البدنى فى اعتباره عاقبا من مباشرة بعض الحقوق الاجتماعية للشخص د. محمد السعيد رشدى - الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٠ وما بعدها .
- (٧٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٤ (ط عيسى الحلبي) .
- (٧٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٧٥ ط محققة ١٣٧٨هـ .
- (٧٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٢ .
- (٧٨) انظر فى ذلك . النزعة المبهجة فى تشخيص الأذهان وتعديل الامزجة ج ٢ ص ١٤٠ ط صبيح مطبوع بهامش تذكرة أولى الألباب والعجب العجائب (تذكرة داوود) .
- (٧٩) كشف القناع ج ٥ ص ٥٣٧ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ الأمل ج ١ ص ٢٧٥ ، الأشباه لابن نجيم ص ٢٩٠ ، أحمد محمد إبراهيم المقالة السابقة ص ٤٦٠ .
- (٨٠) رواء مسلم فى صحيحه ج ١ ص ٩٣ ط دار الشعب .
- (٨١) سورة التين آية رقم ٤ .
- (٨٢) سورة غافر الآية ٦٤ .

الإصلاح لا الافساد ، ولأن الله لم ينزل داء الا أنزل له حواء (٨٣) ،
 لأن النفوس جبات على حب الكمال (٨٤) ، وتقدير المشروعية للعمل
 الطبى يجعل الطبيب عاملا في مباح ما لم يؤد ذلك الى ضرر نتيجة
 تقضيز أو خطأ فيكون حينئذ مسئولا لأن الضرر لا يزال بالضرر (٨٥) ،
 ولأن من تطيب ولم يعلم له طب فهو ضامن (٨٦) ، وعلى ذلك فان
 الطبيب اذا قصر في المعالجة أو جهل أصول الطب فانه يضمن (٨٧)
 ويسأل جنائيا عن ذلك ، كما أن الخطأ الذى يتسبب في اهدار نفس
 أو اتلافها يكون مستوجبا للعقوبة والضمن (٨٨) أيضا •

(٨٣) الموافقات ج ٢ ص ٢٠٦ •

(٨٤) سبق تخريجه •

(٨٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨ •

(٨٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ •

(٨٧) أبو داود فى سننه ج ٢ ص ٥٠١ ط دار احياء السنة •

(٨٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ ، الأشباه والنظائر ص ٣٩٠

وزاجع أيضا فى خطأ الطبيب المراجع الشرعية المشتتار اليها عند تقرير
 المسئولية بالنسبة للميتوس من علاج •

النظم الإداري المركزي

في

المملكة العربية السعودية

دكتور محمد فتوح محمد عثمان

رئيس قسم القانون العام

يقصد بالتنظيم بوجه عام استخدام الطرق والأساليب العلمية لتحقيق أهداف المشروعات العامة والمخاصة وتحصيل أكبر فائدة من الجهود التي تبذل بأقل تكلفة ممكنة .

ويقصد به بالنسبة لإدارة المرافق العامة في الدولة اعداد جهاز إداري سليم صالح لأداء المهمة الملقاة على عاتقه ، وإدارة هذا الجهاز وتوجيه سيره بطريقة تكفل تحقيق الأهداف المرجوة منه في أسرع وقت وعلى أحسن وجه وبأقل تكاليف ممكنة (١) .

وفي بيان أهمية تنظيم الإدارة العامة يقول علماء التنظيم « ان التنظيم هو أهم العناصر في بناء الدولة الحديثة وان تنظيم الجهاز الحكومي على أساس سليم هو بلا جدال مصدر قوة للدولة » .

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فوزي مهنا : الوزارات وتنظيمها في ضوء مبادئ علم التنظيم - بحث بمجلة الحقوق (٠ حقوق الاسكتلندية) السنة الثامنة ١٩٥٨ - ١٩٥٩ ص ١٢١ وما بعدها .

(٩١ - شريعة)

ويقولون أيضا ان التنظيم اذا كان لازما لنجاح المشروعات بوجه عام فانه كلما زاد حجم المشروع أو المرفق كانت حاجته الى التنظيم أشد وأقوى • ولا كانت الدولة بحق أضخم المشروعات المعروفة من وجهة نظر الباحث في التنظيم ، فان التنظيم يبدو بالنسبة للدولة أكثر أهمية وأشد خطراً (*) •

وموضوع « تنظيم الادارة العامة يتسم بطابع سياسى ملموس » ومن ثم فانه أقرب الى النظام (٢) (القانون) الدستورى منه الى النظام (القانون) الإدارى فالزج بين المركزية واللامركزية ، ومدى حرية الهيئات الإقليمية فى الاشراف على المصالح المحلية ، ينوقف على درجة الوعى القومى وتمكن نظام الشورى والديمقراطية فى الدولة •

والملاحظ فى هذا الخصوص أنه كلما رسخت أصول الشورى والديمقراطية فى دولة من الدول ازدهرت اللامركزية الادارية فيها ، والعكس (٣) •

(*) المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان خليل : التنظيم الإدارى فى الدول العربية من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية التابع للجامعة العربية ١٩٥٧ - ص ٣٣ •

(٢) تنظر المملكة العربية السعودية من اصطلاح « قانون » وتستعمل بدلا منها اصطلاح « نظام » بسبب أن القوانين الوضعية الأجنبية هى التى استبعلت الشريعة الإسلامية من التطبيق فى البلاد الإسلامية ، وحرصتها فى ميدان الأحوال الشخصية رغم أن كثيرا من الفقهاء استعملوا كلمة قانون بمعنى قاعدة •

(انظر للباحث بحث سابق عن السلطة التنظيمية أو التشريعية فى المملكة العربية السعودية • منشور بعدد سابق من هذه المجلة) •

(٣) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون الإدارى - دار الفكر العربى ١٩٨٩ - ص ٢١ •

ولاشك أن النظم السياسية والادارية لا يمكن وصفها بالثبات والاستقرار لأنها بطبيعتها مرنة وتحتاج الى مرجعة مستمرة لكي تستجيب لمقتضيات الحياة الحديثة التي تتطور بسرعة لم تعهدها الشعوب من قبل . ومن ناحية أخرى فإن سلامة النظم الادارية لا تتأكد الا بالتجربة والتطبيق ويتأثر الاسلوب الذى تنتهجه الدولة بوجه عام فى تنظيمها الادارى بظروفها الاجتماعية والسياسية ودرجة تأصل النظم الديمقراطية والشورى فيها . فالدولة الحديثة التى حلت محل النظم القبلية كان من الضرورى لها أن تقوى السلطة المركزية (٤) فيها لأقصى حد ممكن ، لتضمن عدم عودة النظم القبلية ، ولتكتفل بسيادة حكم الشريعة الاسلامية والأنظمة (القوانين) على جميع الأفراد وعلى جميع أجزاء البلاد .

فاما استقرت الدولة ، وزال كل خطر يتهدها من تلك الناحية ، وأخذت بالنظم الديمقراطية والشورى وتعددت الواجبات الملقاة على عاتقها وتنوعت الخدمات التى تؤديها للأفراد فى صورة مرافق وخدمات عامة وجدت نفسها مسوقة لأن تتيح للأفراد المشاركة فى أداء الخدمات العامة ، واشباع حاجاتهم الخاصة والمحلية ، حتى تتفرغ الحكومة فى العاصمة للامور الخطيرة التى تهمل الدولة كليهما ، والتى يحسن إخضاعها لنظام موحد .

ويأخذ التنظيم الادارى فى الحالة الأولى صورة المركزية .

وفى الحالة الثانية صورة اللامركزية .

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون

الادارى المراجع السابق ص ٤٥ .

فالمركية واللامركزية هما صورتا التنظيم الإداري في الدولة الحديثة تأخذ كل دولة منهما بنصيب يتفق وظروفها الاجتماعية .

ولهذا كما يقول أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى فان درجة المازيج بين المركزية واللامركزية من ألق الأمور فى التنظيم الإدارى لأن هذه الدرجة متغيرة تبعاً لتغير ظروف الدولة (٥) .

ومن ثم فإنه كثيراً ما يعدل فى النظم التى يأخذ بها على ضوء ما تسفر عنه النتائج .

الإدارة المركزية فى المملكة العربية السعودية

لأنك أن النظام السياسى أو الإدارى لشعب من الشعوب لابد وأن يتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التى يعيش فيها، كما يؤثر هذا النظام السياسى أو الإدارى بدوره فى تلك الظروف أى يتبادل النظام والظروف والتأثير والتأثر ، ويقوم بينه وبينها من مظاهر الاتصال الوثيق ما يجعل دراسة النظام السياسى أو الإدارى بمعزل عن هذه الظروف ، دراسة قاصرة .

وهذه الحقيقة العلمية تظهر بمزيد من الوضوح فى أساليب التنظيم إدارى ، لأن هذا التنظيم يتخذ عادة وسيلة لتحقيق الأهداف الإيجابية للدولة فى الميدان السياسى والاقتصادى ، كما أن النشاط الإدارى يهدف أساساً الى وضع الاتجاهات الكلية للنظام السياسى

(٥) أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون

الإدارى - المرقم السابق ص ٤٥ .

المرحوم الدكتور عثمان خليل : التنظيم الإدارى فى الدول العربية

- مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٧ - ص ٨ .

موضع التنفيذ في الثغور والجزئيات ومن ثم كان من الطبيعي أن تتعكس الروح العامة والاتجاهات الكبرى لهذا النظام السياسي على أساليب تنفيذه في تلك الجزئيات (٦) .

والتاريخ شاهد على هذه العلاقة الوثيقة ، فكانت الجزيرة العربية جزءا من العالم الاسلامي الخاضع للخلافة العثمانية ، الى أن استقلت نجد بانشاء الدولة السعودية الأولى سنة ١٢١٨ هـ (١٨٠٢ م) .
ولما تولى الملك عبد العزيز حكم الحجاز في سنة ١٣٤٣ هـ (١٩٢٤ م) صار ملكا على الحجاز وسلطانا لنجد الى سنة ١٣٥١ هـ (١٩٣٣ م)
تاريخ توحيد المملكة العربية السعودية .

ونظرا لاستقلال نجد عن الخلافة العثمانية ، قبل الحجاز بحوالى قرن وربع فلم يكن للتشريعات العثمانية أثر في اقليم نجد ، بعكس الوضع في الحجاز الذي كانت سلطة الخلافة العثمانية فيه واضحة ، لوجود مقر الحكم في مكة وسهولة المواصلات البرية والبحرية فكان يوجد خط سكة حديد الحجاز الذي يربط دمشق بالمدينة المنورة (٧) .

ولما قامت المملكة العربية السعودية الموحدة في ١٣٥٢ هـ اتخذ نظامها السياسي كله طابع المركزية بقصد القضاء على التفكيت السياسي الذي صاحب الخلافة العثمانية ، وتدعيما للمصلحة السياسية المركزية من ناحية لعدم عودة التفكيت السياسي والاداري الذي كان موجودا في ظل الخلافة العثمانية .

(٦) الدكتور السيد محمد قننى : القانون الادارى الليبي ١٩٦٤ -
دار النهضة العربية ص ٥٠ .

(٧) السيد الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعي في
المملكة العربية السعودية منشأة المعارف - ١٩٧٧ ص ٤٠ .

ونصت المادة الأولى من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكي مؤرخ ٢١ صفر ١٣٤٥ هـ على أن : « المملكة الحجازية بحدودها المطومة مرتبطة بعضها ببعض ، لا تقبل التجزئة ولا الانفصال ، بوجه من الوجوه .

هذا وتتكون الادارة المركزية في المملكة العربية السعودية من :

- ١ - خادم الحرمين الشريفين .
- ٢ - مجلس الوزراء ورئيس مجلس الوزراء .
- ٣ - الوزارات .
- ٤ - الأجهزة التابعة لرئيس مجلس الوزراء أو (الهيئات المستقلة التي تخدم على المستوى العام للمملكة العربية السعودية) .

البحث الاول

خادم الحرمين الشريفين

(صاحب الجلالة الملك) (١)

تكون جميع ادارة المملكة (٢) بيد خاخم الحرمين الشريفين (صاحب الجلالة الملك) وجلالته مقيد بأحكام الشرع الشريف .

(١) صدر أمر ملكي في ٢٧/١٠/١٩٨٦ باستبدال مسمى صاحب الجلالة يلقب « خادم الحرمين الشريفين » .

(٢) التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكي مؤرخ ٢١ صفر سنة ١٩٤٥ ، ومنشور ب : أم القرى : العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٩٤٥ ، ٣٠ سبتمبر ١٩٢٦ (المادتين الخامسة والسادسة) .

والأحكام تكون دواما ، في المملكة الحجازية منطبقة على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام ، وما كان عليه الصحابة والسلف الصالح . وذلك تطبيقا لما جاء في البلاغ الأول الذي أذاعه المغفور له الملك عبد العزيز في الثاني عشر من جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ما يأتي (٣) .

ان مصدر التشريع والأحكام لا يكون الا من كتاب الله ، ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الاسلام الاعلام بطريق القياس أو أجمعوا عليه مما ليس في كتاب ولا سنة ، فلا يحل في هذه التخييار غير ما أحله الله ولا يحرم فيها غير ما حرمه الله ، وجاء في « بلاغ عام » بتاريخ ٢٨ من ذى الحجة سنة ١٣٤٣هـ (٤) ما يأتي :

ان الشريعة الاسلامية هي القانون العام ، الذي يجرى العمل على وفقه في البلاد المقدسة . وأن السلف الصالح وأئمة المذاهب الأربعة قدوتنا في السير على الطريق القويم ، وسيكون العلماء المحققون من جميع الأمصار هم المرجع لكل المسائل التي تحتاج الى تمحيص ونظر ثاقب .

وكما جاء في بلاغ عام صادر بتاريخ ١٩ ربيع الثاني سنة ١٣٤٤هـ (٥)

(٣) أم القرى العدد الأول بتاريخ ١٥ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ

١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ .

(٤) أم القرى العدد ٣٠ بتاريخ محرم الحرام سنة ١٣٤٣هـ ، ٢٤

يوليو سنة ١٩٢٥م .

(٥) أم القرى العدد ٤٥ بتاريخ ربيع الثاني سنة ١٣٤٤هـ ، ٦ نوفمبر

سنة ١٩٢٥ .

« يجب أن يكون السلطان الأول والمرجع للناس كافة الشريعة الإسلامية المطهرة » .

وقال المغفور له جلالة الملك عبد العزيز في خطاب عام :

« وقد جعلنا الله أبائى وأجدادى مبشرين ومعلمين بالكتاب والسنة وما كان عليه السلف الصالح لا تنتقيد بمذهب دون آخر ومتى وجدنا الدليل القوى فى أى مذهب من المذاهب الأربعة ، رجعنا إليه ، ونههسكتنا به . أما إذا لم نجد دليلاً قوياً ، أخذنا بمذهب الامام أحمد (٦) .

والدولة العربية السعودية دولة ملكية شورية اسلامية مستقلة فى داخليتها وخارجيتها كما تنص المادة الثامنة من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية (٧) ووضع المغفور له الملك عبد العزيز نظام قوارث الملك فى الدولة فاخترار وليا للعهد ودعا « مجلس الشورى » (٨)

- (٦) أم القرى العدد ٢٨٤ بتاريخ ٨ ذو الحجة سنة ١٣٥٢ هـ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤ هـ .
(٧) أم القرى العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٣٤٥ هـ ، ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٦ هـ .

(٨) ومجلس الشورى الأهل أنشئ فى ١٣٤٣ أى منته بده عهد المملكة الحجازية وورد فى العدد الثالث من صحيفة أم القرى الصادرة بتاريخ ٢٩ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣ هـ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤م وصدر نظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحرام سنة ١٩٤٦م ١٥ يوليو ١٩٢٧م ثم صدر نظام جديد بنظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى فى العدد ١٨٦ بتاريخ ٢٥ محرم الحرام ١٣٤٧ ، ١٣ يوليو ١٩٢٨م وهو متفق فى جملته مع سابقه الذى صدر فى سنة ١٣٤٦ هـ .

« ومجلس الوكلاء » (٩) الى الاجتماع لاقرار هذه البيعة ووضع نظام ثابت لتوارث العرش بطريقة العهد فالعهد وحده لا يكفي لنقل وراثته العريش فحسبما جاء بالقرار المشترك لمجلس الشورى ومجلس الوكلاء لا بد أن يستجمع ولى العهد الشروط الواجب توافرها فى الملك وهى التى تولى تحديدها الفقه الاسلامى :

— الكفاية الجسدية •

— أن يكون من أهل الولاية الكاملة •

— الكفاية العلمية •

— العدالة

— الشجاعة •

وتعتبر البيعة هى مصدر سلطات جلالة الملك •

ويعتبر الملك خادم انحرمين الشريفين هو صاحب السلطة العليا فى البلاد وهو يمارس اختصاصات داخلية واختصاصات خارجية •

أولا اختصاصات الملك الداخلية :

١ — السلطة السيادية :

(أ) القائد الأعلى للقوات المسلحة •

(ب) يمنح الأوسمة والميداليات •

(ج) له الحق فى العفو عن العقاب وتخفيف العقوبة •

(٩) أم القرى • العدد ٣٧٠ بتاريخ ٧ رمضان سنة ١٣٥٠ هـ •

١٥ يناير سنة ١٩٣٢ م •

٢ - السلطة التنظيمية :

وهي التي تقابل السلطة التشريعية في الدول الأخرى (١٠) - حيث التشريع لله وحده - ويملك الملك خادم الحرمين الشريفين السلطة التنظيمية بالاشتراك مع مجلس الوزراء طبقا لنظام مجلس الوزراء (١١) .

وتنص المادة ١٩ منه على أنه : « لا تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات الا بموجب مراسيم ملكية (١٢) يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء » .

كما تنص المادة العشرون على أنه : لا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء » .

وأناطت المادة ٢٢ السلطة التنظيمية (التشريعية) من اختصاص مجلس الوزراء فتتقضى المادة ٢٢ بأنه : « لكل وزير الحق بأن يقترح على المجلس مشروع نظام (قانون) يدخل ضمن أعمال وزارته ، لغرض اقراره ، وللمجلس الموافقة عليه أو رفضه » وإذا رفض المجلس

(١٠) دكتور أحمد الصبيب والأستاذ / محمد محبوب : شئون الموظفين - الجزء الأول دار النجم العلمي بجدة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ص ١٧
(١١) صدر نظام مجلس الوزراء بالمرسوم رقم ٣٨ الصادر بتاريخ ٢٢ من شوال سنة ١٣٧٧ (وهو يتكون من ٥٠ مادة) .

(١٢) المرسوم الملكي فيوقع عليهما جلالة الملك بعد موافقة مجلس الوزراء ولا يشترط في الملكة العربية السعودية الفرط الذي كان واردا في دستور ٢٣ المصري في المادة ٦٠ التي تنص على أن : توقيعات الملك في شئون الدولة يجب لنفاذها أن يوقع عليها رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين .

اقتراحا فلا يجوز اعادة عرضه عليه الا اذا دعت الضرورة لذلك •
كما يحق لكل عضو من أعضاء مجلس الوزراء أن يقترح ما يرى
مصلحة من بحثه في المجلس •

وتنص المادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء على أنه : « اذا لم
يوافق جلالة الملك على أى مرسوم أو أمر يقدم اليه لتوقيعه ، يعاد
الى المجلس مشفوعا بالأسباب التى دعت لذلك لبحثه • واذا لم يرد
المرسوم أو الأمر من ديوان جلالة الملك الى مجلس الوزراء خلال
ثلاثين يوما من تاريخ وصوله ، يتخذ رئيس المجلس ما يراه مناسبا ،
ويحيط المجلس علما بذلك •

الموضوعات التى يجب أن تنظم بمراسيم ملكية :

الأنظمة : تصدر عن طريق مراسيم ملكيات يشترك فيها مجلس
الوزراء - مع جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين •

مسائل تنظيم عن طريق الأنظمة :

- ١ - ادارة المناطق •
- ٢ - البلديات •
- ٣ - فرض الرسوم والضرائب وجبايتها وإعفاء منها •
- ٤ - التصرف فى أموال الدولة وإيجارها •
- ٥ - منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد •
- ٦ - محاكمة الوزراء •
- ٧ - الميزانية •
- ٨ - نظام الموظفين العام •

- ٩ - النظام الخاص بالهقوبات التى توقع على الموظفين •
- ١٠ - نظام التقاعد المحنى •
- ١١ - نظام المزايدات والمناقضات •
- ١٢ - الأنظمة التى تنشئ الوزارات وترتيبها •
- ١٣ - نظام الشركات •
- ١٤ - نظام الأوراق التجارية •
- ١٥ - نظام الوكالات التجارية •

ومع هذا يمكن أن تعالج أية مسألة أخرى « بنظام » كما يمكن أن تعالج بأية أداة أخرى كأمر ملكى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار وزارى •

ويمكن أن تعالج بعض المسائل عن طريق مراسيم ملكية دون أن تتضمن أنظمة •

٣ - السلطة التنفيذية :

الملك خادم الحرمين الشريفين هو رئيس السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء) فهو :

— يشترك مع مجلس الوزراء فى رسم السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية • وجميع الشؤون العامة الخ •

— ومجلس الوزراء هيئة نظامية يرأسها جلالة الملك ويتمتع اجتماعات برئاسته بجلالته لغرض كافة قرارات مجلس الوزراء للتصديق عليها ولا تعتبر قرارات المجلس نهائية إلا بعد صدور التصديق عليها •

— الملك يعين الوزراء ، ككما يعفيهم من مناصبهم ويقيس .
استقلالهم ، وجميع أعضاء مجلس الوزراء مسؤولون عن أعمالهم
أمامه .

يتولى رئاسة مجلس الوزراء ، فالملك خادم الحرمين الشريفين
له توجيه السياسة العامة للدولة والعمل على التنسيق بين جميع
الوزارات ومصالح الدولة والاشراف عليها .

— للملك خادم الحرمين الشريفين اختصاص اصدار اللوائح
الداخلية لبعض الهيئات كهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب وديوان
المراقبة العامة وبعض المسائل الواردة في نظام الموظفين العام .

— تخضع للملك خادم الحرمين الشريفين (بصفته رئيسا لمجلس
الوزراء) الهيئات المستقلة الملحقة بالمجلس كديوان الموظفين العام ،
و ديوان الحسابات العامة وديوان المظالم .

ثانيا اختصاصات الملك الخارجية :

١ — الملك خادم الحرمين الشريفين هو ممثل الدولة وهو الذى
يكون ادارة الدولة ويعلمها للدول الأخرى والمنظمات الدولية .

٢ — الملك هو الذى يصدق على المعاهدات والاتفاقات الدولية
بموجب مراسيم ملكية .

٣ — يرسل المبعوثين الدبلوماسيين للدول الأخرى ويستقبل ممثل
الدول الأخرى في المملكة .

٤ — يزود المتفاوضين نيابة عن الدولة بأوراق التفويض .

٥ - يعلن الحرب والسلم •

فالملك خادم الحرمين الشريفين له كافة الاختصاصات المتعلقة بإدارة العلاقات الخارجية •

وللملك خادم الحرمين الشريفين نائبين يفوض اختصاصاته لأحدهما ويمارس صلاحيات رئيس مجلس الوزراء بصفته نائباً لرئيس مجلس الوزراء لا بصفته نائباً للملك والقرارات التي تصدر عن الملك خادم الحرمين الشريفين بصفته رئيساً لمجلس الوزراء ، أو عن أحد نائبيه بهذه المصفة تسمى « بالأوامر » أو التوجيهات السامية •

المبحث الثاني

مجلس الوزراء

كان مجلس الشورى لسنة ١٣٤٦هـ (١) يختص بالنظر في سنن القوانين والأنظمة التي تعرضها الحكومة عليه (م/٣) •

واستمر مجلس الشورى يمارس سلطته التنظيمية ، الى أن أنشئ مجلس الوزراء في سنة ١٣٧٣هـ ونص نظامه على سلطته في الاشراف على الأنظمة التي يضعها مجلس الشورى لأقرارها أو تعديلها أو رفضها •

ثم جاء النظام الحالي لمجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي (٢)

(١) أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحراج ١٤٣٦هـ ، ١٥ يولية ١٩٢٧م •

(٢) أم القرى العدد ١٧١٧ بتاريخ ٢٧ شوال ١٣٧٧هـ الموافق ١٦/٥/١٩٥٨م •

رقم ٤٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ الموافق ١١ مايو ١٩٥٨م وهذا النظام لا يزال سارى المفعول • فنص على « السلطة التنظيمية » وعلى (شعبة الخبراء) التى صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢ صفر ١٣٩٤هـ بتشكيلها واختصاصها الذى سندرسها بتفصيل قديما بعد • هذا وبالرغم من وجود مجلس الشورى الى الوقت الحاضر الا أنه ليس له أى دور فى عملية اصتدار الأنظمة ولا فى غيرها •

صدر أول نظام لمجلس الوزراء فى ١٢ رجب سنة ١٣٧٣هـ وأنشئ بمقتضاء أول مجلس وزراء فى المملكة العربية السعودية (٣) كان يجمع بين السلطتين التنفيذية والتنظيمية (التشريعية) •

ثم صدر نظام مجلس الوزراء الحالى بالمرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ (٤) ولازال هذا المرسوم الملكى مطبقا للآن •

(٣) ولقد قال المغفور له الملك سعود فى خطاب له فى افتتاح مجلس الوزراء ما نصه : لقد جعل الاسلام الأمر شورى بين المسلمين فاول ما عقدنا العزم عليه هو أن نجعل منكم اخواننا وأبنائنا ووزرائنا موضع ثقتنا وشورتنا لتتعاون معكم على النهوض بأعباء الحكم فى هذه البلاد فانشأنا مجلس الوزراء ليكون مصدرا لجميع أعمالنا التى نقوم بها فى خدمة هذه الدولة وسيكون أى عمل فى السولة وسيكون أى عمل فى الدولة مصدره ومرجعه منكم واليكم على أساس ما يقوم به كل منكم من اعباء وكلنا الأمر فيها اليه طبقا للأنظمة المقررة له « نقلا عن مؤلف :

الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧ مطبعة جامعة القاهرة ص ١٠٤ •

(٤) المرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧ يتكون من خمسين مادة •

تشكيل مجلس الوزراء :

يتكون مجلس الوزراء من :

(أ) رئيس مجلس الوزراء هو الملك خادم الحرمين الشريفين •

(ب) نواب رئيس مجلس الوزراء •

(ج) الوزراء المعاملين •

(د) وزراء الدولة الذين يصدر أمر ملكي بتعيينهم أعضاء في المجلس كوزراء دولة ••• ووزراء الدولة الذين يعينون رؤساء للهيئات المستقلة (كديوان) الموظفين وهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب •

وطبقا للتشكيل الوزاري الصادر بالأمر الملكي رقم ٢٣/١ في ١٠/١٠/١٣٩٥هـ بناء على نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٨ في ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ - والأمر الملكي رقم ٢١ في ٣ جمادى الآخرة سنة ١٣٨٣هـ وما تلى ذلك من تعديل يتكون مجلس الوزراء كما يلي :

١ - صاحب السمو الملكي الأمير عبد الله بن عبد العزيز

ولي العهد ونائبا أول لرئيس مجلس الوزراء •

٢ - صاحب السمو الملكي الأمير عبد الله بن عبد العزيز

رئيس الحرس الوطني •

٣ - صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز

نائبا ثانيا لرئيس مجلس الوزراء. ووزيرا للدفاع والطيران •

٤ - صاحب السمو الملكي الأمير متعب بن عبد العزيز

وزيرا للإسكان والإسغال العامة •

- ٥ — صاحب السمو الملكي الأمير نايف بن عبد العزيز
وزير الداخلية •
- ٦ — صاحب السمو الملكي الأمير ماجد بن عبد العزيز
وزير الشؤون البلدية والقروية •
- ٧ — صاحب السمو الملكي الأمير سعود بن فيصل
وزير الخارجية •
- ٨ — معالي الشيخ حسن بن عبد الله آل الشيخ — وزيراً للتعليم
العالي •
- ٩ — معالي الشيخ محمد العلي أبا الخيل — وزير المالية والاقتصاد
الوطني •
- ١٠ — معالي الشيخ هشام محيي الدين ناظر — وزير البترول
والثروة المعدنية •
- ١١ — معالي الشيخ إبراهيم بن محمد آل الشيخ — وزير العدل •
- ١٢ — معالي الشيخ حسين منصورى وزير المواصلات •
- ١٣ — معالي الشيخ عبد العزيز الخويطر — وزير المعارف •
- ١٤ — معالي الدكتور عبد الرحمن آل الشيخ — وزير الزراعة والمياه
- ١٥ — معالي الشيخ إبراهيم العنقرى — وزير العمل والشؤون
الاجتماعية •
- ١٦ — معالي الشيخ عبد الوهاب عبد الواسع — وزير الحج والأوقاف
- ١٧ — الدكتور محمد عبده يمانى — وزير الاعلام •
- ١٨ — الدكتور حسين عبد الرازق الجزائرى — وزير الصحة •
- ١٩ — الدكتور علوى درويش كيال — وزير للبرق والبريد والهاتف
(١٠ - شريعة)

- ٢٠ - الدكتور سليمان العبد العزيز السليم - وزير التجارة •
- ٢١ - الدكتور غازي عبد الرحمن القصبي - وزير الصناعة والكهرباء
- ٢٢ - معالي الشيخ محمد إبراهيم مسعود - وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء •
- ٢٣ - معالي الشيخ عبد الله محمد العمران - وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء •
- ٢٤ - معالي الشيخ محمد عبد اللطيف المنعم - وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء •
- ٢٥ - معالي الشيخ هشام محيي الدين ناظر - وزير التخطيط بالنيابة (مع تولية وزارة البترول والثروة المعدنية) •

رئاسة مجلس الوزراء :

سار العمل في المملكة العربية السعودية على مبدأ مباشرة الملك سلطته بواسطة وزرائه مع رئاسة جلالته لمجلس الوزراء •

غير أنه جرى العمل على تعيين ولي العهد نائباً أول لرئيس مجلس الوزراء وهو صاحب السمو الملكي عبد الله بن عبد العزيز نائباً ثانياً لرئيس مجلس الوزراء ووزيراً للدفاع والطيران • ويتولى النائب الأول رئاسة مجلس الوزراء وفي حالة عدم حضوره يتولى الرئاسة النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ولا يمنع هذا العرفه جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين من حضور جلسات مجلس الوزراء فقد بيدي من جليل النصيح والإرشاد ما يفيد الوزارة فائدة عظيمة •

وهذه العبارة المدققة في دلالتها تجعل هذا الحضور متفقا مع ما هو مقرر في البلاد البرلمانية بجوار رئاسة الرئيس الأعلى للدولة لمجلس الوزراء .

وحين يحضر جلالة الملك جلسة من جلسات مجلس الوزراء تكون له الرئاسة الفعلية وهو الذى يدير المناقشات ويأذن بالكلام ويأخذ الآراء وما الى ذلك .

فالمقرر في المملكة العربية السعودية أن اشتراك الملك خادم الحرمين الشريفين في مباشرة السلطة الفعلية فهو يسود ويحكم (٥) وبالتالي فان كل من يعمل قد يخطئ وقد يصيب (٦) .

قرارات مجلس الوزراء السعودى :

ان قرارات مجلس الوزراء السعودى قرارات نهائية الا ما كان يحتاج منها الى استصدار أمر أو مرسوم ملكى (٧) وحين يراد استصدار نظام فان الذى يتقدم بمشروعه الوزير المختص وفقا لما يلى :

(٥) وذلك بعكس المبدأ السائد فى إنجلترا : « أن الملك يسود ولا يحكم » .

(٦) وذلك بعكس المبدأ السائد فى إنجلترا : « أن الملك لا يخطئ » .

(٧) الدكتور حسن توفيق : الادارة العامة فى المملكة العربية

السعودية المنظمة العربية للعلوم الادارية - عدد رقم ٨٧ صادر فى يناير

مراحل سن النظام (٨) :

١ - لكل وزير الحق في اقتراح أى مشروع نظام يدخل في أعمال وزارته ويقدم مشروع النظام الى مجلس الوزراء • ويحال مشروع النظم الى لجنة الأنظمة في مجلس الوزراء لبحثه وتقديم تقرير عنه الى المجلس (المادة ٢٢ من نظام مجلس الوزراء رقم ٣٨ بتاريخ ١٢ شوال ١٣٧٧ هـ) •

٢ - يعرض مشروع النظام وتقرير لجنة الأنظمة على مجلس الوزراء لمناقشته والتصويت عليه • ويجب أن يوافق مجلس الوزراء على مشروع النظام بعد أخذ رأى عليه مادة مادة • ثم يصوت على المشروع كاملا وذلك حسب الاجراءات المنصوص عليها في النظام الداخلي لمجلس الوزراء (المادة ٢١ من نظام مجلس الوزراء) •

٣ - يرفع مشروع النظم بعد موافقة مجلس الوزراء عليه الى مقام الملك خادم الحرمين الشريفين للموافقة عليه وللملك حق الاعتراض على مشروع النظام • فاذا اعترض الملك على مشروع نظام معين رده الى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله اليه مشفوعا بالأسباب التي دعت الى ذلك لاعادة بحثه (المادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء) •

٤ - يصدر الملك النظام بتوقيع جلالته على المرسوم باصدار النظام •

(٨) استاذنا الدكتور جعفر عبد السلام والدكتور عماد الدين

الشرييني : مقبلة أصول التشريع في المملكة العربية السعودية - الجزء

الأول - دار الكتاب الجامعي القاهرة ١٤٠٣ - ١٩٨٣ م ص ٩٥ •

٥ - يكون النظام نافذ المفعول من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (أم القرى) الا اذا نص في النظام على مدة أخرى لسريانه .
(المادة ٢٤ من نظام مجلس الوزراء) •

اختصاصات مجلس الوزراء السعودي :

حدد الرسوم الملكى رقم ٣٨ الصادر في ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧ هـ
صلاحيات مجلس الوزراء في المادة ١ منه التى تنص على أن :

« يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية ، وجميع الشئون العامة للدولة ، ويشرف على تنفيذها • ويملك السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية ، والسلطة الادارية وهو المرجع للشئون المالية ولجميع الشئون المرتبطة في سائر وزارات الدولة والمصالح الأخرى وهو الذى يقرر ما يلزم اتخاذه من اجراءات في ذلك ولا تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية نافذة الا بعد موافقته •

وقرارات مجلس الوزراء نهائية • الا ما يحتاج منها لاستصدار أمر أو مرسوم ملكى طبقاً لأحكام هذا النظام •

من هذا النص الوحيد الذى حدد اختصاصات مجلس الوزراء
بالمملكة العربية السعودية نجد أنه قسم سلطات الدولة الى :

١ - سلطة تنظيمية « تشريعية » •

٢ - سلطة تنفيذية •

٣ - سلطة ادارية •

ومجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية هو الذي يقر
الميزانية العامة للدولة (٩) •

« تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات
الا بموجب مراسيم ملكية يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء
(م/١٩) » •

« ولا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات
الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء
وتنص المادة ٢١ على أن : « يبت المجلس في مشروعات الأنظمة
المعرضة عليه مادة مادة ، ثم يصوت عليها بالجملة » •

التشكيلات الإدارية لمجلس الوزراء :

يدخل في تشكيلات مجلس الوزراء الادارية الشعب الآتية :

١ — ديوان رئاسة مجلس الوزراء •

٢ — الأمانة العامة لمجلس الوزراء •

٣ — شعبة الخبراء •

أولا — ديوان رئاسة مجلس الوزراء :

يرأس ديوان رئاسة مجلس الوزراء رئيس للديوان مرتبط برئيس
المجلس ويعاونه مدير عام ويشرف على أعمال الديوان •

(٩) أقر مجلس الوزراء الميزانية العامة للدولة السعودية للعام

المالى ١٣٠٩ - ١٣١٠ •

وتحتت المصروفات بمائة وواحد وأربعون ألف مليون ريال سعودي

وتحتت الإيرادات بمائة وست عشرة ألف مليون ريال سعودي •

ويتبع ديوان رئاسة مجلس الوزراء تسع أقسام هي :

- ١ - قسم شئون المشاريع •
- ٢ - قسم الشئون المالية •
- ٣ - قسم الشئون السياسية •
- ٤ - قسم الشئون الادارية •
- ٥ - قسم الشئون السرية •
- ٦ - قسم لشئون الموظفين •
- ٧ - قسم البرقيات •
- ٨ - قسم شئون الأجانب •
- ٩ - قسم شئون البادية (القبائل) •

ثانياً - الأمانة العامة لمجلس الوزراء :

يرأس الأمانة العامة للمجلس أمين عام مرتبط برئيس مجلس الوزراء ويساعده في القيام بأعماله مساعد وينتفع عن الأمانة العامة ثمان أقسام هي :

- ١ - قسم المستشارون •
- ٢ - قسم الادارة •
- ٣ - قسم المكتبة •
- ٤ - قسم محاضر الجلسات •
- ٥ - قسم الادارة المالية •
- ٦ - قسم سكرتارية لجنة الأنظمة •
- ٧ - قسم سكرتارية اللجنة الادارية •
- ٨ - قسم الشئون الادارية •

ثالثاً - شعبة الخبراء :

بناءً على نص المادة ٤٥ من نظام مجلس الوزراء صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢/٢/١٣٩٤هـ بتشكيل شعبة الخبراء وتحديد اختصاصاتها •

— ترتبط الشعبة مباشرة بالنائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

— تتألف الشعبة من : رئيس ومساعد للرئيس وعدد من الأعضاء الخبراء القانونيين يكون من بينهم مختصون في فرعى المالية العامة والادارة العامة •

— وللشعبة ، بقدر الحاجة ، الاستعانة بخبراء يندبون لها بصفة عرضية من الجهات الادارية والمؤسسات العلمية •

— يختار رئيس الشعبة من ذوى الاختصاص العالى في الدراسات القانونية ويشترط في كل الأعضاء الخبراء قصى حد ممكن من التأهيل والخبرة ويكونون على درجات تبدأ بدرجة مساعد خبير •

— يكون لرئيس الشعبة بالنسبة لادارة جهازها ذات الصلاحيات التى يمارسها الأمين العام لمجلس الوزراء بالنسبة لجهاز الأمانة العامة ، عدا الصلاحيات التى يرى النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء الاحتفاظ بها لنفسه •

— ويتم دائماً اختيار الأعضاء الخبراء وانهاء خدمتهم ونقلهم خارج الشعبة بموافقة النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

— تتولى الأجهزة الادارية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء أداء الخدمات الادارية اللازمة للشعبة في مجال الشؤون المالية وشؤون الموظفين •

اختصاصات شعبة الخبراء :

حدد قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ لسنة ١٣٩٤ هـ اختصاصات شعبة الخبراء فيما يلي :

- ١ - بحث وحراسة المعاملات التي تحال اليها من قبل رئيس مجلس الوزراء ونائبيه ومن مجلس الوزراء ولجانه .
- ٢ - مراجعة مشروعات الأنظمة واللوائح المقدمة من الجهات الإدارية .
- ٣ - اعادة مراجعة الأنظمة المسارية واقتراح تعديلها .
- ٤ - اقتراح الصياغة المناسبة لقرارات مجلس الوزراء التي تتضمن وضع قواعد عامة .

كيفية قيام شعبة الخبراء بعملها :

أولاً - تتم إحالة المعاملات عن طريق الأمانة العامة من قبل رئيس مجلس الوزراء أو نائبه أو المجلس أو لجانه المتفرعة حسب الأحوال إلى رئيس الشعبة .

ثانياً - تتم دراسة المعاملات ذات الطابع الفردي من قبل اثنين من الخبراء على الأقل . أما المعاملات ذات الطابع العام أي الأنظمة واللوائح والقواعد العامة ، سواء في ذلك انشاؤها أو تعديلها أو إلغاؤها فتتم دراساتها من قبل هيئة الخبراء في الشعبة مجتمعة ويكون أحد الأعضاء الخبراء مقرراً للهيئة في دراسة مثل هذه المعاملات ومسئولاً مباشرة عن إنجاز الدراسة . وفي جميع الأحوال تصدر المذكرات والتقارير بنتائج دراسة المعاملات أيًا كان نوعها باسم الشعبة وفي حالة المعاملات ذات الطابع العام يبين في المذكرات والتقارير ما إذا كانت نتيجة الدراسة توصل اليها بالإكثارية أو بالإجماع ويحتفظ في الشعبة بالمذكرات والتقارير الموقعة من قبل الخبراء الذين حرروها .

إجراءات دراسة المعاملات طبقا للنظام الداخلي لشعبة الخبراء :

تضمن قرار مجلس الوزراء رقم ٦٨ بتاريخ ١٦/١١/١٣٩٤هـ إجراءات دراسة المعاملات وفقا للقواعد التالية :

١ - تخصص الساعة الأولى من دوام كل يوم لاجتماع المستشارين في شكل هيئة عامة لدراسة المعاملات التي تتطلب الدراسة الجماعية والمناقشة ما يستجد متعلقا بسير العمل في الشعبة وحسن أدائها لمواجباتها ، ويجوز لرئيس الشعبة عند الاقتضاء ، مد فترة الاجتماع أو تقصيرها ، أو تقرير عقد اجتماعات أخرى (المادة الأولى).

٢ - تدرس مشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة وكذلك المعاملات التي تتقوى على تقارير سابقة أثناء الاجتماعات الصباحية (المادة الثانية) .

٣ - تقرر نتائج الدراسة لمشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة المنشئة والمفسرة وتقرر السوابق بأغلبية آراء المستشارين المشتركين في الاجتماع (المادة الرابعة) .

٤ - عند اجراء تغيير جوهري في مشروع أى نظام أو لائحة يتعين على المستشار المقرر استطلاع رأى الجهة التي أعدته عن طريق اشتراك مندوب عنها (المادة الخامسة) .

٥ - يتقيد المستشارون عند دراستهم للمعاملات المحالة اليهم بالسوابق التي تقرر هيئة الخبراء التزامها . فاذا رأى المستشار مخالفة السابقة وجب عرض الموضوع على الهيئة مجتمعة (المادة السادسة) .

٦ - عند اقتضاء دراسة أية معاملة يجوز للمستشار الاطلاع على

الأعمال التحضيرية لأي قرار من قرارات مجلس الوزراء وذلك عن طريق ترتيبات يتفق عليها بين الأمين العام لمجلس الوزراء ورئيس الشعبة (المادة التاسعة) •

٧ — يخاطب رئيس الشعبة الوزراء ورؤساء المصالح الحكومية أو الموظفين في المستويات الأدنى لأغراض دراسة المعاملات كاستيفاء معلومات ناقصة أو طلب أوراق تتصل بالموضوع أو طلب تعيين مندوبين أو للاستعانة بخبراء (المادة العاشرة) •

المبحث الثالث

الوزارات

ان تعدد وظائف السلطة الادارية المركزية وتشعبها يجعل من المتعذر قيام هيئة ادارية واحدة أو رئيس اداري واحد بجميع المهام الملقاة على عاتق هذه السلطة • ولهذا كان من الواجب لضمان حسن سير الجهاز الاداري توزيع العمل الاداري بين هيئات أو وحدات ادارية تباشر كل وحدة منها قدراً معيناً من الاختصاصات الادارية المركزية •

وتتعدد الوحدات أو الأقسام الادارية يقتضى انخضاعها جميعاً لسلطة عليا واحدة تتولى رسم السياسة العامة التي تسير عليها تتسق العمل بينها وهذه السلطة هي مجلس الوزراء ويعتبر في علاقته بالسلطة الادارية بمثابة القائد الموجه •

ومن هنا كان التنظيم الاداري السليم في كل دولة يقتضى وجود سلطة قيادة واحدة تتعنها أقسام أو وحدات ادارية متعددة تتولى

الوظيفة الادارية تحت اشرافها ورقابتها وفقا للسياسة العامة (١)
يرسمها مجلس الوزراء ويقرها خدام الحرمين الشريفين جلالة الملك .
والوزارات أقسام ادارية رئيسية يرأس كل قسم (وزارة)
رئيس فرد يجمع في يده السلطة والمسئولية ، ويختص كل قسم منها
بجزء من اختصاصات السلطة الادارية في الدولة .

وتنشأ الوزارات لتحقيق غرض محدد أو تنظيم نوع معين
أو مجموعة متشابهة من الخدمات . وعلى هذا الأساس يحدد عدد
الوزارات واختصاص كل منها .

وتقتضى مبادئ التنظيم السليم كما يقول أستاذنا المرحوم
الدكتور محمد فؤاد منها (٢) : بجمع كل الأعمال التي من نوع واحد
في يد وزارة واحدة . فلا تنشأ أكثر من وزارة للقيام بنوع واحد من
الأعمال أو بأعمال متشابهة في النوع وأن لا يزداد عدد الوزارات عن
حد معين حتى يسهل التنسيق بين أعمالها .

ويلاحظ أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوي (٣) في جميع
الدول أن عدد الوزارات في ازدياد مستمر ، وأن هذه الزيادة تبلغ

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فؤاد منها : سياسة الإصلاح

الاداري وتطبيقاتها - دار المعارف ١٩٧٨ - ص ٣٦٧ .

(٢) المرحوم أستاذنا الدكتور محمد فؤاد منها : الوزارات
وتنظيمها في ضوء مبادئ علم التنظيم - بحث بمجلة الحقوق والبحوث
القانونية والاقتصادية - السنة السابعة الثامنة - المجلد الأول ، والثاني
١٩٥٩ والمجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ص ١٣٢ .

(٣) أستاذنا العميد سليمان محمد الطماوي : النظم السياسية
والقانون الدستوري دراسة مقارنة ١٩٨٨ - بدون دار نشر أو مطبعة
ص ٥٤٩ .

أقصى مداها في الدول الاشتراكية ويترتب على تعدد الوزارات مشاكل كثيرة :

— الاسراف في النفقات العامة •

— تتداخل الاختصاصات بين الوزارات المتشابهة مما يؤدي الى كثير من المنازعات بين الادارات والمصالح الى استشكال الأمر على الأفراد •

ولهذا عملت بعض الدول ومنها المملكة العربية السعودية على الحد من تعدد الوزارات في غير ما ضرورة الى حد ان اشتراط بعضها ألا تنشأ الوزارات الا بقانون (٤) •

الوزارات في المملكة العربية السعودية :

كان يوجد في المملكة العربية السعودية حتى بداية السبعينات في القرن الهجري الماضي أربع وزارات هي :

١ — وزارة الداخلية •

٢ — وزارة الخارجية •

٣ — وزارة المالية •

٤ — وزارة الدفاع •

ولقد بلغ اليوم عدد الوزارات في المملكة العربية السعودية وطبقاً للتشكيل الأخير برئاسة الملك فهد بن عبد العزيز أنى خمس وعشرين وزارة •

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : النظم السيلسية والقانون الدستوري ص ٥٤٣ •

ان معظم الوزارات في المملكة العربية السعودية كان يستند منذ انشائها على قاعدة تنظيمية ثم ارساء دعائمها قبل عملية الانشاء بزم من ليس قصير ، وهذا ما عمل على تمكين هذه الوزارات من ممارسة نشاطاتها ووظائفها منذ بدايات انشائها كما أن ذلك مكنها أن تتحرك في اتجاه التكامل البنوي بصورة سريعة (٥) .

وطبقا لقانون مجلس الوزراء يختص الوزير بالاختصاصات الآتية (٦) :

- وضع السياسة العامة للوزارة والاشراف على تنفيذها .
- تحديد نظام العمل بالوزارة واصدار اللوائح المتعلقة بالتنظيم الاداري لها بناء على اقتراح من وكيل الوزارة .
- البت في مشروعات الانظمة (القوانين) المتعلقة بموارثه والتي تصدر بموجب مراسيم ملكية أو قرارات من الوزارة .
- اصدار القرارات الوزارية « واللوائح التنفيذية » سواء الخاصة بقرارات مجلس الوزراء أو بقرارات الوزير الفردية .
- له حق تشكيل هيئة أو لجنة تتولى التحرى والبحث في المسائل المتعلقة بالمصالح والادارات التابعة للوزارة .

(٥) دكتور عبد المعطى محمد عساف : التنظيم الاداري، على مستوى الوزارات في المملكة العربية السعودية — بحث منشور بمجلة العلوم الادارية — العدد الاول — يونية سنة ١٩٨٦ ص ١٦٣ .

(٦) دكتور مصطفى أحمد فهمي : المجالس المحلية بالمملكة العربية السعودية الاصدار رقم ٧٣ للمنظمة العربية للعلوم الادارية ص ٨ .

— والوزير مسئول أمام رئيس مجلس الوزراء تصرفاته في حدود سلطاته السابقة •

الوزارات الحالية في المملكة العربية السعودية وهي :

١ — وزارة الخارجية :

أنشأت عام ١٣٤٩ هـ وتتولى مهام السياسة الخارجية والتمثيل السياسي للمملكة العربية السعودية ويتولى وثأر الخارجية صاحب السمو الملكي/سعود بن فيصل •

٢ — وزارة الدفاع والطيران المدني :

أنشأت عام ١٣٦٥ هـ وتتولى الأمور العسكرية في المملكة وتتولى مهام الحفاظ على الأمن القومي الخارجي من زاوية عسكرية حيث هي التي تقع على عاتقها الدفاع عن المملكة العربية السعودية وحمايتها من أى اعتداء خارجي • كما تتولى الوزارة أيضا مسؤولية الطيران المدني وذلك بعد تأسيس مصلحة الخطوط الجوية العربية السعودية •

ويتولى منصب وزير الدفاع والطيران هو صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء •

٣ — وزارة الداخلية :

أنشأت عام ١٣٥٠ هـ وتتولى بكافة الأمور الداخلية لمجتمع المملكة وتتولى تحقيق النظام العام في المملكة بمحولاتها الثلاثة — حفظ الأمن — حفظ الصحة العامة — حفظ السكينة العامة •

وألحقت بوزارة الداخلية مختلف الدوائر التي تمارس أعمال الخدمات العامة المختلفة كالصحة والتعليم والبريد والبرق والتليفونات

كل هذا بالإضافة الى أعمال الأمن الداخلى الذى أصبح فيما بعد يمثل المحور الأساسى لنشاطات وزارة الداخلية •

ويتولى منصب وزارة الداخلية صاحب السمو الملكى الأمير /
نايق بن عبد العزيز •

٤ - وزارة العدل :

تأسست عام ١٣٩٠ هـ ويختص بإدارة القضاء وكل ما يتعلق بالمحاكم والقضاة • ويتولى وزارة العدل معالى الشيخ/ ابراهيم محمد آل الشيخ •

٥ - وزارة الزراعة والمياه :

تأسست عام ١٣٧٣ هـ وتتولى مسئولية تطوير القطاع الزراعى فى المملكة بوضع الخطط والسياسات الزراعية الحقيقية مع توفير التقاوى والبذور والكيماويات اللازمة لمقاومة الآفات مع توفير المهندسين الزراعيين •

ويتولى وزير الزراعة والمياه معالى الدكتور/ عبد الرحمن آل الشيخ •

٦ - وزارة الصناعة والكهرباء :

وتأسست عام ١٣٩٦ هـ وتتولى تنفيذ السياسة التصنيعية للدولة، وتشرف هذه الوزارة على قطاع الكهرباء الذى يمكن اعتباره من قطاع الخدمات • يتولى وزير الصناعة والكهرباء الدكتور/ غازى عبد الرحمن القصبى •

٧ - وزارة البترول والثروة المعدنية :

وتأسست عام ١٣٨٠ هـ • وتتولى الأعمال المتصلة بالبترول والطاقة
والثروة المعدنية في جوف الأرض أى تتولى الصناعات الاستخراجية •
وتتولى أعمال استخراج البترول ثم القيام بالصناعات الناتجة عنه
كما تتولى أعمال الصناعات الهيدروكربونية والبتروكيماوية •
ويتولى وزير البترول والثروة المعدنية معالي الشيخ / هشام
محبى الدين ناظر •

٨ - وزارة الصحة :

تأسست عام ١٣٧١ هـ • وتتولى مسئولية تقديم كافة الخدمات
الصحية اللازمة في المملكة للمواطنين وحجاج بيت الله والمعتمرين وذلك
ببناء المستشفيات والمصحات لوقاية الموجودين في المملكة من أية
أوبئة أو أمراض ويتولى وزير الصحة الدكتور/ حسين عبد الرزاق
الجزائري •

٩ - وزارة المواصلات :

وقد تأسست عام ١٣٧٢ هـ • وتختص بربط المملكة العربية
السعودية داخليا وخارجيا بشبكة من الطرق والإشراف على عمليات
النقل الداخلي البرى والمتمثل في السكك الحديدية وشاحنات النقل
ونقل الركاب وعمليات النقل الخارجى بواسطة النقل البحرى
والشاحنات • ويتولى وزير المواصلات معالي الشيخ/ حسين منصورى

١٠ - وزارة المعارف :

وقد تأسست عام ١٣٧٣ هـ • وتتولى كل الشؤون المتعلقة بالتعليم
والإرتقاء به ، وتوفير الكفاءات السعودية في كافة المجالات ويتولى
(١١ - شريعة)

مهمة التعليم بوجه عام من أول برامج مصلاو الأمية والمدارس المهنية والمدارس الابتدائية والمدارس الثانوية السعودية •
ويتولى وزير المعارف معالي الدكتور/عبد العزيز الحويطر •

١١ - وزارة العمل والشئون الاجتماعية :

تأسست عام ١٣٨٠ هـ وتتولى التدريب المهني للعاملين وكل ما يتعلق بالعمل والعمال والمشاكل التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال •

• وتتولى مهام التأمين الاجتماعي •

ويتولى وزير العمل والشئون الاجتماعية معالي الشيخ/ابراهيم العنقري •

١٢ - وزارة التعليم العالي :

وتأسست عام ١٣٩٥ هـ • وتتولى كل ما يتعلق بالنشاطات المتعلقة بسياسة التعليم العالي في المملكة في كافة الجامعات السعودية والمعاهد العليا • كما تشرف على بعثات طلاب الجامعات السعودية الى الخارج للحصول على الدرجات العلمية أو جمع المادة العلمية أو التدريب •

ويتولى وزير التعليم معالي الشيخ/حسن بن عبد الله آل الشيخ

١٣ - وزارة البرق والهاتف :

تأسست عام ١٣٩٥ هـ وتتولى جميع أعمال التليفونات من حيث انشاء السنترالات وصيانتها لتوفير الاتصال بجميع المناطق داخل المملكة وخارجها في العالم الخارجي • بالإضافة الى تركيب التلكسات وأجهزة التلفاز بالعربية والأجنبية في جميع المناطق لتيسير سبل الاتصال الداخلي والخارجي وتتولى أعمال البريد الداخلي والخارجي

ويتولى وثير البرق والبريد والهاتف الدكتور/لطوى درويش
• كيال •

١٤ - وزارة الاشغال العامة والاسكان :

تأسست عام ١٣٨٣ هـ وتتولى مهمة الاشراف على مشاريع
الحكومة المختلفة ، وعلى ادارة سياسة الاسكان العامة التى تقوم
بها الدولة ، وتعمل مسئولية بناء المساكن الشعبية للمواطنين •

ويتولى الوزارة صاحب السمو الملكى الامير متعب بن عبد العزيز

١٥ - وزارة الحج :

وتأسست عام ١٣٨١ هـ وتتولى كافة الشؤون المتعلقة بشئىن
الحج والحجاج والأوقاف •

ويتولى وزير الحج والأوقاف معالى الشيخ/عبد الوهاب
عبد الواسع •

١٦ - وزارة الاعلام :

تأسست عام ١٣٨٢ هـ • وتتولى كافة المهام المتصلة بالاعلام
والاتصال الجماهيرى سواء فى الاذاعة أو التلفزيون أو الصحافة
أو المطبوعات والمكتب والفيديو الخ •

ويتولى وزير الاعلام الدكتور محمد عبده يمانى •

١٧ - وزارة التجارة :

تم تأسيسها عام ١٣٧٣ هـ ويتولى مهام ادارة القطاع التجارى

الداخلي والخارجي في المملكة بهدف تنظيمه وضبط حركته بما ينسجم والعلاقات المملكة الخارجية .

• ويتولى وزير التجارة الدكتور/سليمان العبد العزيز السليم .

١٨ - وزارة الشؤون البلدية والقروية :

أنشأت عام ١٣٧٣ هـ وتتولى الاشراف على أعمال البلديات المختلفة في المملكة ما عدا ما يتعلق بمدينة الرياض التي يختص بها مجلس الوزراء .

ويتولى وزير الشؤون البلدية والقروية صاحب السمو الملكي الأمير ماجد بن عبد العزيز .

١٩ - وزارة المالية والاقتصاد :

تأسست عام ١٣٥١ هـ وتتولى مهمة إدارة الأموال العامة الخاصة بالدولة سواء بجباية هذه الأموال أو توزيعها ويتولى وزير المالية معالي الشيخ/محمد العلي أبا الخيل .

٢٠ - وزارة التخطيط :

تم تأسيسها عام ١٣٩٥ هـ وتتولى مهام التخطيط الهام في جميع المجالات في المملكة العربية السعودية .

ويتولى وزير التخطيط بالنيابة حالياً معالي الشيخ / هشام محيي الدين ناظر بالإضافة لعمله كوزير للبتترول والثروة المعدنية .

المبحث الرابع

الهيئات المستقلة التي تخدم على المستوى العام

للمملكة العربية السعودية

أدركت السلطة العامة أن التطور والتعقد والتضخم الذي أصبحت تتميز به وظيفة الدولة المعاصرة • أصبح يفرض على السلطة الادارية « التنفيذية » العامة في الدولة أن تبني أجهزتها التنفيذية المختلفة وأن تمارس وظائفها المتنوعة بالاستناد الى قواعد علمية تضمن لهذه الأجهزة ولتلك الممارسات فعاليتها •

ومن هنا صار من اللازم على السلطة العامة أن تستند الى قواعد الادارة العامة العلمية كمدخل أساسى لانجاز كل ذلك ، سواء تعلقت هذه القواعد بعمليات التخطيط أو التنظيم أو التوظيف أو التمويل أو الرقابة أو التطوير ... الخ من العمليات الفرعية التي تشكل مجموعها ما تسميه بوظائف العملية الادارية العامة •

ولتحقيق ذلك نجد أن : « السلطة العامة تقوم بإنشاء أجهزة متخصصة في هذه العمليات ، لتبرز كأجهزة مساعدة لها وتستند إليها في ممارسة هذه المهام المتمثلة في تطبيق قواعد الادارة العامة في مجال الأجهزة الحكومية المختلفة (١) •

(١) دكتور عبد المعطى محمد عساف : الجوانب التنظيمية لأجهزة الادارة المركزية على مستوى التنظيم الحكومى فى المملكة العربية السعودية - بحث بمجلة العلوم الادارية - السنة الثلاثون - العدد الأول - يونيو ١٩٨٨ - ص ١٦١ •

والأجهزة أو الهيئات المستقلة التي تخدم على المستوى العام للمملكة هي :

- ١ - الديوان العام للخدمة المدنية •
- ٢ - الإدارة المركزية للتنظيم والإدارة •
- ٣ - هيئة الرقابة والتحقيق •
- ٤ - هيئة التأنيب •
- ٥ - ديوان المراقبة العامة •
- ٦ - ديوان المظالم •

الفرع الأول

الديوان العام للخدمة المدنية

تم تأسيس الديوان العام للخدمة المدنية عام ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م
أثر صدور المرسوم الملتي رقم ٤٨ بتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧ هـ •

ويتولى ديوان الخدمة المدنية المهام والمسؤوليات الآتية :

(أ) اقتراح الأنظمة واللوائح المتعلقة بشئون الموظفين لامةادارها.
بالمطرق النظامية •

(ب) الاشراف على تنفيذ جميع الأنظمة واللوائح والقرارات المتعلقة بشئون الموظفين وإصدار التعليمات اللازمة •

(ج) ابداء الرأي في المسائل المتعلقة بشئون الموظفين واجراء الحراسات والبحوث المتعلقة بذلك •

(د) الاعلان عن الوظائف الشاغرة وأجراء الاختبارات والترشيح
للموظائف الشاغرة •

(هـ) تصنيف الوظائف •

(و) دراسة المرواتب والأجور والبدلات والتعويضات والمكافآت
واقترح إعادة النظر فيها •

(ز) دراسة الوظائف المطلوبة لبيان الفئات المناسبة لها وفقاً
لقواعد التصنيف •

(ح) اقتراح السياسة العامة لتدريب الموظفين واقترح الوسائل
التي تؤدي لتنفيذ الأنظمة واللوائح والقرارات المتعلقة بشئون
الموظفين وضبط السجلات الخاصة بالتعيينات والترقيات والنقل وغير
ذلك من الأمور التي تتعلق بإدارة الموظفين •

(ط) فحص تظلمات الموظفين المحالة من الجهات المختصة وإبداء
الرأى فيها •

(ي) الاختصاصات الأخرى التي يسندها الى مجلس الوزراء أو
تسندها اليه الأنظمة واللوائح وقرارات مجلس الخدمة المدنية (٢) •

التنظيم الإدارى لمجلس الخدمة المدنية (٣)

١ - رئيس الديوان العام للخدمة المدنية :

بمرتبة وزير ويتم تعيينه بأمر ملكى ورئيس الديوان هو السيد

(٢) دكتور أحمد الصباب والأستاذ محمد محمد محبوب : شئون

الموظفين - دار المجمع العلمى بجدة ١٩٧٨ م •

(٣) مرسوم ملكى رقم م/٤٨ بتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧هـ بنظام مجلس

الخدمة المدنية •

يمثل مجلس الخدمة المدنية مع الجهات المختلفة وعلى رئيس الديوان العام للخدمة المدنية أن يرفع تقريراً كل ستة أشهر إلى مجلس الخدمة المدنية يبين فيه إنجازات الديوان العام للخدمة المدنية وعلى مجلس الخدمة المدنية رفع التقرير إلى رئيس مجلس الوزراء مشفوعاً بدراسة شاملة للمشاكل التي تواجه شؤون الخدمة المدنية •

والرئيس نائب رئيس يحل محله ويشرف على الإدارات المختلفة
عند الإدارة القانونية وإدارة التخطيط •

٢ - الإدارة القانونية :

وهي تتبع رئيس الديوان العام للخدمة المدنية وتختص بما يأتي:

- ١ - إعداد مشروعات الأنظمة (القوانين) المقترحة •
- ٢ - تقديم المشورات فيما يتعلق بالموضوعات القانونية •
- ٣ - تقديم المشورات فيما يتعلق بمعقودات التأمينات للديوان •
- ٤ - تمثيل الديوان في النواحي القانونية •
- ٥ - دراسة وإبداء الرأي في القرارات والقضايا الخاصة بالموظفين والمستخدمين الخاضعين للأنظمة المدنية •

٣ - إدارة التخطيط وتطوير الخدمة :

وتتبع رئيس الديوان وتختص :

- (أ) دراسة الاحتياجات طويلة المدى القوى البشرية العاملة •
- (ب) دراسة الإحصائيات العامة لشؤون الموظفين •

- (ج) سياسة التدريب وبرامجه •
- (د) برامج التقييم •
- (هـ) مواد التقرير السنوى الذى يعد للرئيس •

٤ - إدارة التفتيش والمتابعة :

تعمل تحت الرئاسة المباشرة لمئات رئيس الديوان ويختص بما يلى :

١ - التفتيش المفاجئ لوحدات الديوان للتأكد من الاجراءات وتحديد المخالفات •

٢ - اجراء التحقيقات وفق توجيهات المسؤولين فى الديوان وابلاغ لائنتائج للجهات صاحبة الطلب •

٣ - الاطلاع على مدى تنفيذ ادارات شعبون الموظفين فى الوزارات والمصالح الحكومية مع أنظمة الموظفين والأحكام والتعطيمات وتقديم التقارير اللازمة •

٤ - تمثيل الديوان بالاشتراك مع اللجان التى تدرس مشاكل الموظفين ومشاكل الادارات •

٥ - ادارة علاقات الموظف :

تتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

- ١ - تقديم النصائح للموظفين لحل مشاكلهم •
- ٢ - تجليل ودراسة المشاكل الخاصة بشئون الموظفين •
- ٣ - تنظيم اجراءات تقديم التظلمات والتعاون مع الوزارات والمصالح الحكومية فى تطبيقها •

٦ - الإدارة العامة للتوظيف والامتحانات :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلي :

(أ) إجراء البحوث والدراسات القائمة في الدولة للقوى البشرية
المعاملة •

- (ب) تكوين وحراسة الشروط المتطلبة في شاغلي الوظائف
- (ج) الاعلان عن الوظائف التي يطلب شغلها
- (د) توزيع خريجي الجامعات والمعاهد والناجحين في المسابقات العامة على الأجهزة الحكومية حسب الاحتياج •

٧ - الإدارة العامة للتصنيف :

تتبع نائب الرئيس وتختص بما يلي :

- (أ) تصنيف وظائف الدولة وتحديد مراتبها
- (ب) دراسة الرواتب والأجور والبدلات والتعويضات
- (ج) دراسة المؤهلات المحددة للوظائف
- (د) حراسة الباب الأول من الميزانية فيما يتعلق بالوظائف •

٨ - الإدارة العامة لشئون الموظفين :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلي :

- (أ) التحقيق والاعتراض على مخالفات الموظفين
- (ب) حفظ ملفات الموظفين
- (ج) تسجيل مخالفات الموظفين
- (د) عمل بيانات الخدمة لمعوم الموظفين والمستخدمين والتصديق على الخدمة العسكرية •

- (هـ) ابداء الرأى عند التعاقد وتجديد العقد
- (و) الاعداد لاجتماعات ومؤتمرات الموظفين

٩ - الادارة العامة :

يتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

- ١ - اعداد ميزانية الديوان
- ٢ - تأدية خدمات موظفى الديوان
- ٣ - تنفيذ عمليات المناقصات والمزايدات
- ٤ - تأدية أعمال الاتصالات الادارية والترجمة
- ٥ - الاشراف على أعمال الصيانة والحركة والمستخدمين

هذا : ولجلس الخدمة المدنية فرعان اقليميان بالمنطقتين الشرقية والغربية .

الفرع الثانى

الامارة المركزية للتنظيم والادارة

تتولى الادارة المركزية للتنظيم والادارة تقديم المشورة لوحدات التنظيم والادارة المختلفة • فهى تساعد فى تأسيس وتنظيم وحدات التنظيم والادارة فى الأجهزة الحكومية المختلفة وتمدها بالمساعدة الفنية لزيادة كفاءتها وقدرتها على الأداء ، وتتابع أعمالها وتستخلص النتائج ، كما تساعد الادارة المركزية فى تنمية كفاءة موظفى تلك الوحدات وذلك بعقد دورات تدريبية لهم ، واختيار المراجع العلمية التى تتعلق بطبيعة عمل التنظيم والادارة وللادارة المركزية للتنظيم والادارة دور هام ذو شقين رئيسيين :-

(أ) تقوم بدورها كجهاز مركزي موكل اليه أعمال ومسؤوليات التنظيم في الدولة بوجه عام ولقد حدد هذا الدور القرار الصادر من صاحب السمو وزير المالية والاقتصاد رقم ١/١٨/١٦٢٩ بتاريخ ١٣٨٧/٨/٢٤ هـ .

(ب) تقوم بدورها كأداة متخصصة في التنظيم والادارة لخدمة وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وهذا يقدم نموذجا لأعمال وحدة التنظيم والادارة تحذى حذوة الوزارات الأخرى والادارات الحكومية المختلفة وذلك بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١/١٨/١٦٣٠ بتاريخ ١٩٨٧/٨/٢٤ م .

اختصاصات الادارة المركزية للتنظيم والادارة نحو جهاز الدولة ككل :

— تطوير الأساليب التنظيمية في الأجهزة الحكومية المختلفة في جميع المستويات ووضع معدلات الأداء المناسبة ونشرها للاسترشاد بها في تنظيم هذه الأجهزة وتحديد حاجاتها من القوى العاملة .

— مراجعة مشروعات إنشاء الأجهزة الجديدة قبل ادراجها في الميزانية ومراجعة إعادة التنظيم أو تعديل اختصاصات الأجهزة القائمة قبل اعتمادها من السلطة المختصة .

— إعداد وإبداء رأى في مشروعات الأنظمة والمواضع المتعلقة بالمواضع التنظيمية والإدارية ومراجعة الأنظمة القائمة بغرض العمل على تطويرها وتنسيقها عندما يطلب اليها ذلك .

— التعاون مع معهد الادارة العامة في تنسيق وعقد دورات تدريبية خاصة لموظفى التنظيم والادارة العاملين في الوزارات والأجهزة

الحكومية واختيار المراجع العامة التي تتعاق بطبيعة عمل التنظيم والادارة .

— المساعدة في تأسيس وتنظيم وحدات التنظيم والادارة في الأجهزة الحكومية المختلفة والتنسيق بين أعمالها .

— الاشتراك مع الادارة العامة للميزانية بوزارة المالية والاقتصاد في تحليل طلبات أحداث الوظائف الجديدة في الوزارات وأجهزة الدولة الأخرى .

— نشر دليل عن التنظيم والادارة لأجهزة الحكومة .

— متابعة البحوث والقطورات الحديثة في التنظيم والادارة لتحسين العمل وتبسيط الإجراءات .

— تنسيق العمل مع مصلحة الاحصاءات العامة للقيام بالدراسات اللازمة للاستفادة من استعمال الآلات المكتبية الالكترونية في تيسير أعمال الحكومة وضمان وقتها والعمل على تنظيم وتنسيق استخداماتها من قبل الأجهزة الحكومية .

— ابداء اراءى في المشكلات التي تحال للادارة ومعالجتها في ضوء مفاهيم التنظيم والإدارة الحديثة .

الفرع الثالث

هيئة الرقابة والتحقيق

أنشئت هيئة الرقابة والتحقيق بالمرسوم الملكي رقم م/٧ بتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ بناء على قرار مجلس الوزراء المؤقر رقم ١٠٣٣ في ١٣٩٠/٢/٢٨ هـ .

وهيئة الرقابة والتحقيق تختص بالرقابة والتحقيق مع الموظفين مع عدم الاخلال بسلطة الجهة الادارية المعنية في الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق فيها :

- ١ - اجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والادارية
- ٢ - فحص الشكاوى التى تحال اليها من الوزراء المختصين أو من أى جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والادارية •
- ٣ - اجراء التحقيق فى المخالفات المالية والادارية التى تكشف عنها الرقابة وفيما يحال اليها من الوزراء المختصين أو من جهة رسمية مختصة •
- ٤ - متابعة الدعوى التى تحال طبقا لنظام تأديب الموظفين الى هيئة التأديب •

التنظيم الادارى لهيئة الرقابة والتحقيق :

(أولاً) - رئيس هيئة الرقابة والتحقيق :

هو المسئول عن الاشراف على أعمال الهيئة وتنظيم وإدارة وتطوير أعمالها وله سلطة وصلاحيات الوزراء ورؤساء الدوائر المستقلة وله أن ينيب عنه وكلاء الهيئة أو أحدهم فى بعض صلاحياته •
ومن مهام رئيس الهيئة بالاضافة الى سلطاته فى نظام تأديب الموظفين ما يلى :

- ١ - يتم عن طريقه الاتصال بالجهات العليا والوزارات كما يتم عن طريق رئيس الهيئة احالة المعاملات والقضايا الى أجهزة الهيئة المختصة •

٢ - إصدار القرارات والتعليمات اللازمة لترتيب وتنظيم العمل وتحقيق التنسيق بين نشاطات أجهزة الهيئة والأجهزة الحكومية المختصة والإشراف على أعداد خطط وبرامج العمل ومتابعة تنفيذها من قبل جميع العاملين في جهاز الهيئة .

٣ - الإشراف على أعداد مشروع ميزانية الهيئة .

٤ - بحث الشكاوى وأجراء التحريات واتخاذ مايراه في أى مخالفة مالية أو إدارية من أى وحدة من وحدات الإدارة الحكومية أو أية جهة تخضع لرقابة الدولة .

٥ - فحص سجلات ووثائق الوحدات الإدارية كما يجوز له دخول المرافق العامة وتفتيشها .

٦ - طلب استدعاء أى شخص بالحضور لأداء الشهادة أو تقديم وثائق تتعلق بموضوع التحقيق الذى يجريه فان كان موظفاً يكون استدعاؤه عن طريق عمله .

٧ - إنشاء فروع للهيئة متى اقتضت مصلحة العمل ذلك .

(ثانياً) مكاتب تتبع رئيس الهيئة مباشرة :

١ - مكتب رئيس الهيئة : يقوم بالأعمال المعتاد أن يقوم بها مكاتب الوزراء أو رؤساء الإدارات المستقلة .

٢ - مكتب المستشارين : وهو يضم عدداً من المستشارين في مختلف التخصصات ويرأسهم كبير المستشارين .
ويختص مكتب المستشارين بالاختصاصات الآتية : -

(أ) دراسة الموضوعات والقضايا التى من رئيس الهيئة أو أحد الوكلاء وإبداء رأى النظامى فى (القانون) فيها .

- (ب) تقديم المشررة فيما تتطلبه أعمال الهيئة من استشارات •
- (ج) مراجعة القضايا المقترح حفظها •
- (د) معاونة المحققين فيما تد يطالبونه من استشارات •
- (هـ) تمثيل هيئة الرقابة والتحقيق في اللجان والقضايا الهامة •
- (و) اعداد مشروعات التعليمات والقرارات التي يصدرها الرئيس •
- (ز) اعداد قرارات الاحالة الى هيئة التأديب •

٣ - ادارة تسجيل القضايا والتقارير :

وتختص بالآتى :

- (أ) الاحتفاظ بالقضايا المحالة اليها مع تصنيفها وتسجيلها ومتابعة ما يحتاج منها الى اجراءات •
- (ب) قيد القضايا المحالة لهيئة التأديب بالتسلسل الرقمى في سجل القضايا السنوى من واقع قرار الاحالة •
- (ج) تزويد رئيس الهيئة ووكلائها والمستشارين بكل ما يطلب منها •
- (د) اعداد بيانات احصائية عن القضايا المحالة اليها كل سنة شهور •
- (هـ) الاحتفاظ بصورة من كل تقرير أعد من قبل الادارات •

(ثالثاً) وكبل الهيئة لشئون الرقابة (الادارية والمالية) :

هو المشرف والمستوفى اعلان أعمال الرقابة وإدارتها ويتولى تنظيم العمل وتوجيهه بواسطة المسؤولين في ادارته وتوجهه اليه المعاملات.

الخاصة بالرقابة لاتخاذ لاناالزام بشأنها • ويرفع التقارير والنتائج الى رئيس الهيئة ويمارس الصلاحيات المفوضة له من رئيس الهيئة كما يختص :

- ١ - بوضع الاجراءات اللازمة لمراعاة السرية التامة في الاعمال التي تتطلب ذلك •
- ٢ - الاشراف على وضع التقارير المسرية والدورية عن موظفي الرقابة الدائمين والمؤقتين •
- ٣ - الاشراف على اعداد وتنظيم السجلات والبطاقات والملفات اللازمة لتنظيم العمل في أقسام جهاز الرقابة •
- ٤ - رفع تقرير حوري كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا نشاطات أقسام جهاز الرقابة وأعماله ومدى ما قد يواجهه من صعوبات والمقترح وسائل التحسين والتطوير •
- ٥ - القيام بالاختصاصات التي يكلفه بهارئيس الهيئة •

'رابعة' ادارة الرقابة الادارية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة للرقابة ومع عدم الاخلال باختصاصات مجلس الخدمة المدنية والادارة المركزية للتنظيم والادارة •

تختص ادارة الرقابة الادارية بما يلى :

- ١ - الكشف عن المخالفات الادارية واتخاذ الاجراءات اللازمة بشأنها •
- ٢ - مراقبة تقويض الصلاحيات والمسئوليات وفقا للنظم المعتمدة واللوائح المقررة الصادرة المنظمة لذلك •

- ٣ - الكشف عن المخالفات الناتجة عن التقصير في الرقابة الداخلية في الوحدات الادارية .
- ٤ - اقتراح وسائل لعلاج اللازمة في حالة وقوع حوادث الاهمال أو المخالفات الادارية واحالتها للجهات المختصة .
- ٥ - التعاون مع مجلس الخدمة المدنية في الكشف عن المخالفات الخاصة بشئون الموظفين فيما يتعلق بشرعيتها كالتميين والترقية والعلاوات والمبدلات وما في حكمها .
- ٦ - ابلاغ الجهات المختصة عن أوجه القصور في التنظيم التي تتكشف لها من خلال أعمالها وذلك بالاتصال بالجهات المتخصصة .
- ٧ - التعاون مع ديوان المراقبة العامة عند اكتشافه لمخالفات ادارية أثناء مباشرته لاختصاصاته المالية .
- ٨ - فحص البلاغات والشكاوى المتعلقة بالنواحي الادارية .

(خامسا) ادارة الرقابة المالية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون الرقابة وتختص بالكشف عن المخالفات المالية التي لا تخضع لرقابة الجهات المسؤولة عن الصرف - وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة - بحيث لا يكون قيامها بوظيفتها تكرارا لما تقوم به الجهتان ولتحديد الاختصاصات فتقوم الجهات الثلاث بالاتفاق فيما بينها باعداد محضر لهذا الغرض ويرفع الى خادم الحرمين الشريفين رئيس مجلس الوزراء لطلب اقراره

(سادسا) وكيل الهيئة لشئون التحقيق :

وهو المشرف والمسئول عن جهات التحقيق ويتولى تنظيم العمل

وتوجيهه بواسطة المسؤولين في ادارته وتوجه اليه المعاملات الخاصة بالتحقيق لاتخاذ اللازم بشأنها وفقا لنظام تأديب الموظفين ورفع التقارير والمذكرات والقضايا المنتهية منه الى رئيس الهيئة ، وممارسة الاختصاصات المفوضة له من رئيس الهيئة كما أن من مهامه :

كما أن وكيل الهيئة لشئون التحقيق يختص :

١ - الاشراف على اعداد السجلات والملفات الكفيلة بتنظيم العمل .

٢ - رفع التقارير السنوية عن العاملين بجهاز التحقيق .

٣ - رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة يتضمن منجزات أقسام جهاز التحقيق وأعماله وما يواجهه من صعوبات مع اقتراح وسائل التطوير .

(سابعا) تشكيل جهاز التحقيق :

(١) ادارة التحقيق :

وترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون التحقيق وتختص بما يلى :

١ - التحقيق فى المخالفات المالية والادارية .

٢ - رفع نتيجة التحقيق لرئيس الهيئة مدعمة بالأسباب التى بنيت عليها الوصية اللازمة .

٣ - تمثيل الهيئة فى لجان التحقيق المشتركة .

٤ - رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا : نشاطات ادارة التحقيق بما تواجهه من صعوبات .

(ب) إدارة الادعاء :

- وتختص بدراسة ومباشرة القضايا أمام هيئة التأديب .

(ثامنا) جهاز الادارة العامة برئاسة مدير عام :

ويرتبط المدير العام برئيس الهيئة مباشرة ويتولى الاشراف على الوحدات التابعة له .

وتسيير حقة أمورها وفقا للنظم المالية والادارية وتتبعه الوحدات الآتية :

- ١ - وحدة شئون الموظفين .
- ٢ - وحدة الشؤون المالية .
- ٣ - مكتب الاتصالات .
- ٤ - المستودعات والمشتريات .
- ٥ - الخدمات والاستعلامات .

الفصل الرابع

هيئة التأديب

أنشئت هيئة التأديب بمقتضى نظام تأديب الموظفين (٤) عام ١٣٩١ هـ - كهيئة مستقلة ملحقة برئيس مجلس الوزراء .

(٤) المرسوم الملكي رقم (٧/م) بتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ بالاصادة على نظام تأديب الموظفين .

وتختص هيئة التأديب بالنظر في القضايا التي تحال إليها من
هيئة الرقابة والتحقيق في الحالات الآتية :

- ١ - إذا كانت المخالفة تستوجب الفصل •
- ٢ - إذا ارتكب الموظف مخالفة في جهة غير التي يعمل بها •
- ٣ - إذا ارتكب عدد من الموظفين تابعين لأكثر من جهة حكومية
مخالفة إدارية واحدة أو أكثر من مخالفة ولكنها مخالفات مرتبطة •
- ٤ - إذا كان الموظف قد ترك الخدمة قبل توقيع العقوبة عليه •
- ٥ - يحال المستخدمون المتهمون بارتكاب مخالفات مرتبطة بنقضها
ببعض في هيئة الرقابة والتحقيق إذا كانوا قد ارتكبوا المخالفة أو
المخالفات أو عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة أو كانوا مشتركين مع
موظفين خاضعين لنظام تأديب الموظفين ، فإذا رأت هيئة الرقابة
والتحقيق أن الوقائع تستوجب العقوبة تحيل الدعوى الى هيئة التأديب
تنظر القضايا التأديبية المعروضة على هيئة التأديب بواسطة
مجلس يشكل بقرار من الهيئة ويتكون من : -

• رئيس -

• عضوين -

• وأمين سر •

اجراءات التقاضي امام هيئة التأديب :

- ١ - على رئيس مجلس المخاتمة حال ورود القضية أن يحدد
موعد لتظرها ويتولى المجلس إبلاغ المتهم وهيئة الرقابة والتحقيق بذلك
على أن لا تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن عشرة أيام •

٢ - على المتهم أن يحضر جلسات المحاكمة بنفسه وله أن يستعين بمحام وأن يبدى دفاعه كتابة أو شفويا وأن يطلب استدعاء الشهود لسماع أقوالهم •

وإذا لم يحضر المتهم فعلى مجلس المحاكمة أن يمضى فى اجراءات المحاكمة بعد أن يتحقق من أن المتهم قد أبلغ إبلاغا (اعلانا) صحيحا •

٣ - تكون جميع الاعلانات بخطابات رسمية مسجلة ويتم ابلاغ المتهم على العنوان الثابت فى أوراق القضية أو على مقر وتليفته التى يشغلها حسب الأحوال فإذا تعذر ذلك فيعلن بواسطة النشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى) •

٤ - لا تصح جلسات المحاكمة الا بحضور جميع أعضائه ومنسوب هيئة الرقابة والتحقيق وتصدر القرارات بأغلبية أصوات أعضاء المجلس •

٥ - للمتهم أو من يوكله حق الاطلاع على أوراق التحقيق بحضور أمين مجلس المحاكمة وله اذن من رئيس المجلس استنساخ صور منها •

٦ - للمتهم ولندوب هيئة الرقابة والتحقيق أن يطلبوا رد أى عضو من أعضاء مجلس المحاكمة إذا كان هناك سبب يوجب الرد •

وعلى رئيس الهيئة أن يفصل فى هذا الطلب على وجه السرعة •

٧ - إذا رأى رئيس هيئة التأديب أن الأمور المنسوبة الى المتهم تكون جريمة تختص هيئة أخرى بالفصل فيها فعليه أن يعيد الأوراق الى هيئة الرقابة والتحقيق لتحيلها بدورها الى الجهة ذات الاختصاص مع الخطار الجهة التى يتبعها الموظف بذلك •

٨ - في الأحوال التي يتقرر فيها إحالة المتهم الى المحاكمة الجنائية توقف الاجراءات التأديبية بحقه الى أن يصدر حكم نهائي من الجهة المختصة وتعاد الأوراق بعد ذلك الى هيئة الرقابة والتحقيق لتقرير ما يجب •

٩ - على مجلس المحاكمة أن يصدر قراره في القضية بأسرع وقت ممكن ويجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً وترسل صورة رسمية من القرار الى من صدر في حقه وإلى الجهة التي يتبعها الموظف وديوان الموظفين العام وديوان المراقبة العامة وهيئة الرقابة والتحقيق •

١٠ - قرارات مجلس المحاكمة نهائية باستثناء القرارات الصادرة بفصل موظفي المرتبة الحادية عشر فما فوق أو ما يعادلها فلا تكون نهائية الا بعد التصديق عليها من رئيس مجلس الوزراء •

١١ - يجوز اعادة النظر في القرار التأديبي في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى : اذا أخطأ القرار في تطبيق النظام (القانون) أو تأويله •

الحالة الثانية : اذا ظهرت وقائع أو مستندات لم تكن معلومة وقت صدور القرار وكان من شأن ثبوتها براءة المتهم •

١٢ - يعرض طلب اعادة النظر على لجنة من رئيس ديوان الخدمة المدنية ورئيس هيئة الرقابة والتحقيق ورئيس هيئة التأديب • فإذا تبين لها جديته يعاد النظر في القرار بعد استئذان رئيس مجلس الوزراء في ذلك •

١٣ - لا يترتب على اعادة النظر في القرار وقف تنفيذه الا اذا قرر المجلس الذي يتولى النظر في القضية ذلك •

١٤ - لهيئة التأديب أن تفسر القرار التأديبي وتصحح ما يقع فيه من أخطاء مادية •

الفرع الخامس

ديوان المراقبة العامة

أنشأ ديوان المراقبة العامة أو ديوان مراقبة حسابات الحكومة عام ١٣٧٣ هـ - بمرسوم ملكي باعتباره شعبة من شعب مجلس الوزراء ثم صدر مرسوم خاص بديوان المراقبة العامة عام ١٣٩١ هـ •

ويختص ديوان المراقبة العامة بما يلي :

- ١ - مراجعة حسابات الدخل والنفقات ضمن كل جزء من الإيرادات المخصصة لكل وزارة أو هيئة حكومية تقوم الدولة بتقديم المساعدات المالية لها كلها أو جزئيا أو تقوم بتقديم حقل للحكومة •
 - ٢ - التأكد من سلامة القيود وصحتها من الناحية الرقمية وكذلك المستندات المتعلقة بكل من القبض والدفع •
 - ٣ - تقديم تقرير سنوي الى رئاسة مجلس الوزراء عن كل سنة مالية في فترة لا تتجاوز بأية حال من الأحوال اليوم الأخير من الشهر التاسع للسنة المالية •
 - ٤ - يقدم تقارير دورية الى مجلس الوزراء يضمها مكتشفاته فيما يتعلق بالمخالفات الصادرة عن الموظفين العاملين في الشؤون المالية يوما. ينجم عن ذلك من سوء استخدام الأموال الحكومية •
- فديوان المراقبة العامة رقابته لاحقة وهذه رقابة علاجية تتناول حسابات الدخل والنفقات في الوزارات والهيئات الحكومية والهيئات التي تقدم لها الحكومة مساعدات مالية (٥) •

(٥) الدكتور صافي امام موسى : الرقابة الادارية في المملكة العربية السعودية بحث بمجلة الادارة العامة التي تصدر عن معهد الادارة العامة بالرياض - العدد ١٩ - يناير ١٩٧٦ - ص ١٠٧ •

ولديوان المراقبة العامة في سبيل ممارسته لاختصاصاته منح عدة بطاقات هي :

١ - ارسال المراقبين والمفتشين والمحاسبين وغيرهم من الموظفين التابعين له الى مختلف الوزارات والهيئات وغيرها من المؤسسات التي تتلقى عوناً أو تحقق إيرادات للدولة ، وذلك بغرض مراجعة حساباتها للتأكد من أنها تسير تبعاً للتعليمات الصادرة لها .

٢ - طلب أية بيانات تتعلق باستلام ودفع الأموال الحكومية التي تعتبر ضرورية لأداء واجباته .

٣ - تحويل الشكاوى الواردة عن المديرين الماليين المقصرين الى هيئة المراقبة والتحقيق والى المشرفين المسؤولين عن هؤلاء المديرين .

٤ - اقتراح أفضل الأساليب لمسك الإيرادات والقيود الحسابية .

المنظمة الادارية لديوان المراقبة العامة :

١ - رئيس ديوان المراقبة العامة :

يعين رئيس ديوان المراقبة العامة بأمر ملكي ورئيس ديوان المراقبة العامة يرفع تقاريره الى جلالة الملك خادماً للمرضع الشريفين مباشرة .

٢ - نائب رئيس الديوان :

يعين نائب الديوان بأمر ملكي بناء على عرض رئيس ديوان المراقبة العامة .

٣ - مكتب الخبراء والمستشارين :

٤ - الإدارة العامة للتفتيش :

تتولى عملية فحص ميداني للحفائر والسجلات وكذا جرد النقوش في خزائن هذه الهيئات بالإضافة لفحص سجلات الموظفين •

٥ - مدير عام الديوان :

يرتبط برئيس الديوان مباشرة ويتولى الاشراف على الوحدات التابعة له وتيسير دفة أمورها •

٦ - مكتب التقارير السنوية والحسابات الختامية :

والتقارير على نوعين :

(أ) تقارير مالية •

(ب) تقارير عن سير العمل •

٧ - مكتب مراقبة الإدارة :

ويتفرع عنه :

(أ) الاثارة المالية •

(ب) ادارة شؤون الموظفين •

(ج) الارشيف والملفات •

(د) قسم النسخ والتصوير •

(هـ) المستودع •

(و) المحركة •

٨ - إدارة تحقيق المؤسسات والشركات :

هذا ولذيوان المراقبة العامة فروع في :

- (أ) الحمام
- (ب) مكة المكرمة
- (ج) جدة

الفرع السادس

دور المظالم

منذ تولية جلالة الملك عبد العزيز الحكم في المملكة العربية السعودية وسموه يهتم ببحث مظالم الشعب ورفع أسباب الظلم عنهم ولذا أعلن (٦) :

أن صاحب الجلالة الملك يعلن للناس كافة أن من كان له ظلمة على كائن من كان موظفا أو غيره ، كبيرا أو صغيرا ثم أخفى ظلامته فأثمه على نفسه • وأن من كان له شكايه ، فقد وضع على باب دار الحكومة صندوق للشكاوى مفتاحه لدى جلالة الملك ، فليضع صاحب الشكاية شكايته في ذلك الصندوق ، وليثق الجميع أنه لا يمكن أن يلحق المشتكى أى أذى بسبب شكايته الملحقة من أى موظف كان ويجب أن يراعى في الشكايات ما يلي :

(٦) نشر إعلان صاحب الجلالة المغفور له الملك عبد العزيز بجرادة

الم القرى : العدد الصادر في ٢٦ ذى الحجة ١٣٤٤هـ الموافق ٧ يونيو.

١ — ينبغي تجنب الكذب في الشكاية ، ومن ادعى بدعوى كاذبة
جوزى بكذبه •

٢ — لا تقبل الشكاية المخفلة من الامضاء ومن فعل ذلك عوقب
على عمله •

وليعلم الناس كافة أن باب العدل مفتوح للجميع على السواء
والناس كلهم — صغيرهم وكبيرهم — امامة واحد حتى يبلغ الحق
مستقره •

ومع اتساع المملكة العربية السعودية وتزايد السكان أصبح من
الصعب على جلالة الملك النظر في المظالم بنفسه (٧) لذلك وفي ١٣٧٣هـ
أنشئت شعبة بهيئـة الوزراء باسم « شعبة المظالم » حيث ورد الباب
الخامس (١) من أول نظام لمجلس الوزراء في ١٢ رجب سنة ١٣٧٣ هـ (٢)
بمعنوان « شعب مجلس الوزراء » •

وإنـت على هذه الشعب المادة ٩٩ بقولها : « يشكل مجلس
الوزراء ديوان يتألف من الشعب الآتية :

(أ) الأمانة العامة •

(ب) مراقبة حسابات الدولة •

(ج) خبراء فنيين •

(د) المظالم •

(٧) الزميل الأستاذ لداكتور محمد أنس جعفر : ولاية المظالم في
الاسلام وتطبيقها في المملكة العربية السعودية — دار النهضة العربية
١٩٨٧ ص ٦٨ :

فشعبة المظالم شعبة من شعب مجلس الوزراء ووظيفه هذه الشعبة كان تلقى ما يقدم الى مجلس الوزراء من شكوى وتسجيلها والتحقيق في كل شكوى ، واعداد تقرير عنها يتضمن الاجراء المقترح اتخاذ بشأنها ، ويرفع هذا التقرير لجلالة الملك للتصرف فيه .

ثم أراد جلالة الملك أن يجعل من « شعبة المظالم » التابعة لمجلس الوزراء استقلال ذاتي فأصدر جلالة الملك المرسوم رقم ١٣/٢/٨٧٥٩ المؤرخ في ١٧/٩/١٣٧٤ هـ باصدار نظام « ديوان المظالم في المملكة » ونصت المادة الأولى من هذا النظام على أنه : يشكل ديوان مستقل باسم ديوان المظالم ويقوم بإدارة هذا الديوان رئيس من درجة وزير يعين بمرسوم ملكي وهو مسؤول أمام جلالة الملك ، وجلالته المرجع الأعلى له .

وتحددت اختصاصات ديوان المظالم بما يلي طبق المادة الثانية :

(أ) تسجيل جميع الشكاوي المقدمة اليه .

(ب) التحقيق في كل شكوى تقدم أو تحال اليه واعداد تقرير عنها يتضمن وقائها وما أسفر عنه التحقيق فيها والاجراء الذي يقترح الديوان اتخاذ بشأنها والأسباب التي يقيم عليها الاجراء المقترح .

(ج) ارسال هذا التقرير الى الوزير أو الرئيس المختص مع ارسال صورة منه الى ديوان جلالة الملك وصورة أخرى الى ديوان رئيس الوزراء أو الوزير المختص خلال أسبوعين من استلامه التقرير أن يبلغ الديوان بتنفيذه الاجراء المقترح أو بمعارضته له - وفي هذه

(٨) المادة الثانية من المرسوم الملكي رقم ١٣/٢/٨٧٥٩ المؤرخ في

١٣٧٤/٩/١٧ هـ .

الحالة يتعين ابداء أسباب معارضته وعند ذلك يرفع رئيس الديوان تقريره الى جلالة الملك ليصدر أمره العالى فى الأمر موضوع التقرير ، ولا يجوز للديوان أن يقترح على وزير أو رئيس مختص فرض عقوبة أو اتخاذ اجراء غير منصوص عليه فى النظم القائمة الا بأمر من جلالة الملك — واذا كانت الشكوى موجهة الى وزير أو رئيس مسؤول يرفع رئيس الديوان الأمر الى جلالة الملك ليصدر أمره بما يرى اتخاذ بشأنها •

(د) يكون لرئيس ديوان المظالم ولن ينتدبهم من موظفى الديوان الصلاحيات الكاملة فى البحث والمتعقب فى الوزارات والمصالح فى هذا الشأن واستدعاء الموظفين المسؤولين للتحقيق معهم وعند لزوم الاقتضاء تفتيشهم وتفتيش منازلهم شريطة أن يراعى فى تفتيش المنازل ما قضت به الأنظمة القائمة بالنسبة لحرمة المساكن — وعليه فى كل حالة اخطار الوزير أو الرئيس الذى ينتمون اليه وعلى الجهات الرسمية والأهلية معاونة الديوان فى الاجراءات التى يراها كفالة لظهور الحقيقة وتحديد المسؤولية •

ويختص ديوان المظالم باختصاصات متنوعة ورد بعضها فى المرسوم الملكى الخاص بانشاء الديوان ، وورد البعض الآخر فى مراسيم تتعلق بتنظيم مسائل أخرى (٩) ويقسم الزميل الدكتور محمد أنس قاسم اختصاصات الديوان الى :

(٩) راجع فى الاختصاصات المختلفة مؤلف الزميل الأستاذ الدكتور أنس قاسم جعفر : ولاية المظالم فى الاسلام وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية — دار النهضة العربية ١٩٨٧ — ص ٨٦ وما بعدها •

(أولاً) الاختصاصات التى تدخل فى مجال القضاء الإدارى :

نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم على أن يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتى :

(أ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة فى نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفى ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم •

(ب) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن بالطعن فى القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة •

ويعتبر فى حكم القرار الإدارى رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح •

(ج) دعاوى التمييز الموجهة من ذوى الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة بسبب أفعالها •

(د) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها •

(هـ) الدعاوى التأديبية التى ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق •

(ثانياً) اختصاصات تدخل فى مجال القضاء الجنائى وهى :

رغم أن المادة الأولى من نظام ديوان المظالم الحالى على أن

الديوان هيئة قضاء إدارى مستقلة إلا أن لديوان المظالم اختصاصات تدخل في مجال القضاء الجنائي وهي :

(أ) الدعاوى الجزائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب جرائم التزوير (١) •

(ب) الجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة الرشوة وقد تدخل ولي الأمر في المملكة العربية السعودية وأصدر مرسوما ملكيا يجرم فيه الرشوة لمرسوم الملكى رقم ١٥ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ وصدر هذا المرسوم تصديقا لقرار مجلس الوزراء رقم ١٤٤ المؤرخ ١٣٨٢/٢/٢٩ هـ.

(ج) الجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكى رقم ٤٣ بتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ •

وهذه الجرائم متنوعة ومتعددة وهي :

(١٠) تدخل جرائم التزوير فى نطاق الجرائم التعزيرية التي يختص أول الامر بوضع العقوبة المناسبة لها • لذلك صدر المرسوم الملكى رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ المعدل بالمرسوم الملكى رقم ٥٣ الصادر بتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ المتعلق بجرائم التزوير ويسلخ فى نطاق التزوير المعاقبه عليه نظاما :

- جرائم تقليد أو تزوير الاختتام والتوقيعات الخاصة بجلالة الملك.
- أو رئيس مجلس الوزراء أو اختتام الدولة الرسمية •
- جرائم تقليد أو تزوير أحد الاختتام الخاصة بأحدى الدوائر العامة
- جرائم تقليد أو تزوير بعض الأوراق وصناعة أو جباية الإبدوان الخاصة بالتقليد •
- جرائم تزوير المنحدرات •

١ - عدم جواز اشتغال الموظف بالتجارة أو المهن الحرة دون إذن من السلطة المختصة .

٢ - عدم جواز قبول الهدايا والاكراميات من الأفراد بقصد الأغراء من أرباب المصالح .

٣ - التحكم في المواطنين والاعتداء على حقوقهم المشروعة .

٤ - التغلب بالانظمة والأوامر والتعليمات ، وبطرق تنفيذها .

٥ - عدم جواز استغلال ابرام العقود الانارية لتحقيق مصلحة شخصية .

٦ - عدم جواز استغلال جهود الأفراد والموظفين بأجور ورواتب صورية أو مفتعلة لفائدة شخصية .

٧ - عدم جواز استعمال المعلومات الرسمية لاستغلال العملة وتحقيق ارتفاع أو هبوط سعر صرفها وتبديلها .

٨ - عدم جواز اساءة المعاملة أو الاكراه باسم الوظيفة كالتعذيب أو القسوة أو سلب الحريات الشخصية .

٩ - عدم جواز دخول المنازل في غير الحالات التي نصت عليها الانظمة المخلفة .

١٠ - عدم جواز الاكراه على الاعارة أو الاجارة أو البيع أو الشراء

١١ - عدم جواز تحصيل ضرائب تزيد على المقادير المستحقة أو المفروضة .

(د) الجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الاموال العامة :

وردت جرائم الأموال العامة بالمرسوم الملكي رقم ٧٧ الصادر في (١٣ - شريعة)

٢٣/١٠/٩٥٥ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥ الصادر في ١٤/٤/١٤٠٠ هـ بشأن نظام وظائف مباشرة الأموال العامة المعقوبات المقررة في حالة الاختلاس أو تبديد هذه الأموال أو التصرف فيها دون وجه حق ، وينطبق هذا النظام على كل من يشغل إحدى الوظائف العامة التي تتعلق بمباشرة حفظ الأموال النقدية والأعيان الثابتة والطوائع والأوراق ذات القيمة كما يطبق هذا النظام على أمناء الصناديق ومأموري المصرف ومحصلي الأموال العامة وأمناء المخازن .

ثالثاً - اختصاصات أخرى متفرقة تضمنتها الأئمة المختلفة :

نص نظام ديوان المظالم على اختصاصات أخرى هي :

(١) طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية (م / ٨ / ز) :

الصادرة من محاكم إحدى الدول الأجنبية . ومهمة ديوان المظالم تتلخص في التحقق من صحة الحكم واتباع المحكمة التي أصدرته للإجراءات اللازمة ، وأن الحكم جائز بقوة الأمر المقضى به .

ويلاحظ أن المملكة العربية السعودية وقعت الاتفاقية العربية لتنفيذ الأحكام الأجنبية في ٢٣ مايو ١٩٥٣م وتنفيذاً لها صدر قرار مجلس الوزراء السعودي رقم ٢٥١ بتاريخ ٢٨/١٢/١٣٧٩ هـ والذي تضمن النص على أن السلطة المختصة التي ترفع إليها طلبات تنفيذ الأحكام هي « ديوان المظالم » .

وقد حددت المادة ٣٠ من الاتفاقية العربية الحالات التي يتعين فيها رفض الاعتراف بالحكم :

١ - إذا كان الحكم مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة .

٢ - إذا كان الحكم غايبيا ، ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم باعلانا صحيحا يمكنه الدفاع عن نفسه •

٣ - إذا كان الحكم لم يراع قواعد قانون الدولة المطلوب الاعتراف به والخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها •

٤ - وجود حكم سابق حائز لقوة الأمر المقتضى به في نفس الموضوع •

٥ - وجود دعوى منظورة أمام محاكم الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم عن نفس النزاع •

(ب) الدعاوى التي من اختصاص الديوان بموجب نصوص نظامية خاصة

١ - القضايا المتعلقة بالمقاطعة الاسرائيلية تنفيذا للمرسوم الملكي رقم ٢٨ الصادر في ١٣٨٢/٦/٢٥ هـ بنظام مقاطعة اسرائيل وينظرها هيئة مكونة من رئيس ديوان المظالم أو نائبه ومستشار حقوقى من ديوان المظالم ومستشار حقوقى من مجلس الوزراء لنظر القضايا الناشئة عن مخالفة النظام •

٢ - الدعاوى المتعلقة بقضايا المؤسسات الأجنبية طبقا لنظام استثمار المال الأجنبى الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٣٥ بتاريخ ١٣٨٣/٩/١١ هـ حيث تنص المادة ١٢ منه على أنه « على كل منشأة رخص لها بمقتضى هذا النظام ، خالفت أحكامه ينذرها وزير التجارة والصناعة باتباع هذه الأحكام في خلال المدة التى يعينها فإذا لم تستجب المنشأة لهذا الإنذار جاز للوزير بناء على توصية اللجنة المشار إليها في المادة الخامسة سحب الرخصة الممنوحة لها أو تصفيتا على أنه يجوز التظلم الى ديوان المظالم من قرار سحب الرخصة أو التصفية في مدة شهر

وأحد من تاريخ صدوره ويكون حكم ديوان المظالم في هذا الشأن باتاً ونهائياً .

٣ - بحث تظلمات الأشخاص الذين تقرر منعهم من التعامل مع الـهـيئات العامة ذلك تطبيقاً للمرسوم الملكي رقم م/٦ بتاريخ ٢٤ صفر ١٣٨٦ هـ .

٤ - النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين مع الجهات الحكومية والتي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاول وذلك تطبيقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦ هـ الذي يقضى بأن يوكل النظر في هذه القضايا إلى ديوان المظالم وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس الديوان .

٥ - النظر في المنازعات التجارية التي كانت تختص بها هيئات حسم المنازعات التجارية . صدر مرسوم ملكي في ٢٩ شوال ١٤٠٧ بالغاً المادة ٢٣٣ من نظام الشركات الصادرة بالمرسوم رقم م - ٦ بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥ هـ ونقل اختصاص هيئات حسم المنازعات التجارية المنصوص عليها في النظم والقرارات بما فيها المنازعات المنفردة عن تطبيق نظام الشركات وتوقيع العقوبات المنصوص عليها فيه ابتداءً من بداية السنة المالية ١٤٠٨/١٤٠٩ هـ إلى ديوان المظالم كما تضمن المرسوم الصادر في ٢٩ شوال ١٤٠٧ هـ ضرورة إحالة دقاتر الهيئات وسجلاتها والملفات التي بخوزة هيئات حسم المنازعات التجارية إلى ديوان المظالم .

وعلى هذا أصبح ديوان المظالم هو صاحب الاختصاص العام في المنازعات التجارية ابتداءً من السنة المالية ١٤٠٨ - ١٤٠٩ هـ .

٦ - الاشتراك في العديد من اللجان والمجالس منها :
 (أ) الاشتراك في التحقيق مع العاملين بسلك التدريس تطبيقاً
 لقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٣ بتاريخ ٢٥/٥/١٣٧٧ •

(ب) اشتراك في مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة ضباط الأمن
 الداخلي برتبة لواء أو فريق تطبيقاً لنص المادة ١٣٢ من نظام قوات
 الأمن الداخلي الصادرة بالمرسوم الملكي رقم ٣٠ بتاريخ ٤/١٢/١٣٨٤ هـ

(ج) الاشتراك في اللجنة الثلاثية التي تختص بالنظر في التحقيق
 في الشكاوى التي تقدم ضد الموظفين المختصين بتطبيق قانون العمل
 السعودي بسبب وظيقتهم •

(د) الاشتراك في اللجان الخاصة بمحاسبة الموظفين عن مصادر
 ثرواتهم وشروات أسرهم تنفيذاً للمرسوم الملكي رقم ١٦ بتاريخ
 ٣/٧/١٣٨٢ هـ •

— هذا ويجب على رئيس ديوان المظالم أن يرفع الى جلالة الملك
 كل ستة أشهر تقريراً مفصلاً عن أعمال الديوان خلال هذه المدة متضمناً
 ما أسفرت عنه التحقيقات من مسؤوليات على الجهات الحكومية المختلفة
 وموظفيها وما يقترحه الديوان من اجراءات كفيلة بتقويم أموره •
 ويرسل الديوان صورة من هذا التقرير الى رئيس مجلس الوزراء •
 والزم المرسوم الملكي رقم ١٣/٢/١٣٨٩ المؤرخ في ١٧/٩/١٣٧٤ هـ
 بإصدار نظام ديوان المظالم بأنه يجب على رئيس ديوان المظالم اثناء
 سجال عام للمظالم ترصد فيه البيانات الآتية :

- (أ) التاريخ الذي ترد فيه الشكاوى •
- (ب) النتيجة التي انتهى اليها الحيوان •
- (ج) تاريخ الكتاب المرسل به تقرير الحيوان الى الوزير أو الرئيس
 المختص •

- (د) تاريخ الكتاب المرفوع به التقرير النهائي الى جلالة الملك .
 (هـ) الأمر جلالة الملك في الشكوى .

التنظيم الإداري لديوان المظالم

- المركز الرئيسى لديوان المظالم : هو في مدينة الرياض .
- ويوجد فرع لديوان المظالم : في مدينة جدة .
- ويجوز إنشاء فروع أخرى له في أنحاء المملكة حسب اللزوم .
- ويتألف ديوان المظالم من :

(أ) رئيس ديوان المظالم : وهو المشرف الأعلى على أعمال الديوان . وهو المرجع فيما يصدر منه الى مختلف الوزارات والمصالح والجهات الأخرى وكل ما يصدر من مكاتبات تكون بتوقيعه أو من ينييه وهو الذى يوزع الأعمال على موظفيه كل ضمن اختصاصه الخصوص عليه في النظام الداخلى لديوان المظالم .

(ب) نائب الرئيس (وكيل الديوان حالياً) : نائب الرئيس يعاون الرئيس في إدارة ديوان المظالم في حدود الصلاحيات المخولة له في المرسوم الملكى الصادر بتعيينه وينوب عن الرئيس ويقوم بجميع صلاحياته عند غيابه . ويساعده في الأعمال التى يكلفه بها ويترأس لجنة تحقيق القضايا .

(ج) مدير عام الديوان : يشرف على أعمال ديوان المظالم الادارية والجسابية وعلى مراسلاته مع الوزارات والدوائر الأخرى ويوزع الأعمال تحت اشراف الرئيس على المحققين بطريقة تكفل تحقيق المصلحة العامة .

ويراقب أمناء السر والكتاب والمستخدمين ويوزع الأعمال بينهم
بمعرفة نائب الرئيس (وكيل الديوان حاليا) ويشرف على كل ما يمتلكه
الديوان •

(د) المستشارون (مستشار شرعى + مستشار قانونى)
المستشارون الشرعيون والمستشارون القانونيون بالأعمال التى يكلف
كل منهم بها الرئيس •

ويجيب المستشار على الاستيضاح الذى يوجه إليه من قبل
الرئيس أو نائبه ويساعد المحققين فى الأمور العلمية والفنية الداخلة فى
تخصصه ويكون كل منهم عضوا فى لجنة تدقيق القضايا •

(هـ) المحققين (الشرعيين والقانونيين والماليين والفنيين ••
وغيرهم بحسب اللزوم) •

يتولى كل محقق بالتحقيق فى القضايا التى تحال إليه فى حدود
الصلاحيات المنصوص عنها فى نظام الديوان الأساسى وفى النظام
الداخلى للديوان داخل الديوان فقط أما خارجه فلا بد من أخذ تحويل من
الرئيس أو نائبه (وكيله) - وبعد أن ينهى تحقيقاته وينظم تقريره ويبين
ما يقترحه من تدابير فى نطاق ما هو منصوص عليه فى نظام الديوان
الأساسى وفى هذا النظام ويقدمه بواسطة الإدارة الى لجنة تدقيق
القضايا •

(و) أمناء السر والكتاب : يقوم كل منهم بحسب اختصاصه -
بالأعمال الكتابية وتسجيل الشكاوى بسجلاته المخصصة وتهيئة
الرسائل وحفظ صورها وكذلك يتلقى كل منهم بحسب اختصاصه ما يرد
الى الديوان من رسائل وخلافها بتسجيلها حسب الأصول ويقوم كل
منهم بكل ما يكلف به من أعمال عن طريق مدير عام ديوان المظالم •

(ز) لجنة تدقيق القضايا : تتألف هذه اللجنة من نائب الرئيس رئيسا ومن كل من المستشار الشرعي والمستشار القانوني عضوا بالإضافة الى من يرى انتدابه من المحققين للعضوية عند اللزوم ومن أمين السر للقيام بأعمال الكتابة فيه .

وتبحث لجنة تدقيق القضايا في تقارير المحققين بعد دراستها - ختوافق على ما جاء منها عادلا وموافقا للأصول الفرعية وتقدمه بتقرير منها الى رئيس الديوان لاجراء الايجاب وتعيد ما ترى أن التحقيق فيه ناقصا الى المحقق نفسه لإكماله حسبما يترأى لها - وأما اذا رأت أن ما استنتجه المحقق من التحقيق الذي أجراه لم يكن صائبا أو مخالفا للأصول المرعية لا تنقيد به وأن تضمن تقريرها الذي سترفعه الى الرئيس ما تراه محققا للعدل وموافقا للأصول ولها أن تدعو المحقق للاستيضاح منه عن بعض الأمور التي ترى لزوما لإيضاحها ويكون قرارها بالاجماع أو بالأكثرية وعلى المخالف أن يوضح مخالفته (الرأى المخالف لرأى الأكثرية) في ذيل التقرير (١١) .

دكتور فتوح محمد عثمان

مَنْ مَبَرَّاتِ عَيْزِلِ الْقَاضِي

في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

الدكتور سيد عبد الرحمن محمد الشقيري

مدرس قانون المرافعات بالكلية

الحمد لله الذي لا معقب لحكمه ولا راد لقضائه ، والصلاة
والسلام على سيد المرسلين وخاتم الأنبياء وعلى آله وصحبه أجمعين .
وبعد :

فعلى الرغم من ضعف المستوى الذي أعانى منه ، وقلة بضاعتي
التي أنزل بها ساحة المعرفة ، وقلة اطلاعي وشتات أفكارى ، جال في
خاطري وبدت لى رغبة أن أشارك زملائي أعضاء هيئة التدريس بكلية
الشريعة والقانون بأسبوط في اصدار مجلة الكلية العلمية في عددها
الثامن ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

وقد استعنت بالله ، وكثيت بحثى هذا في بعض المبررات التي
قدّعو الى عزل القاضي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، مع
اشارة موجزة لمعنى العزل ودليل مشروعيته ، محاولة منى في ابراز
بعض ما تضمنته كنوز شريعتنا الغراء ، ومدى اهتمام فقهاء الشريعة
الاسلامية بالشخص الذي يتولى فصل المنازعات بين الناس .

وابعاد أى قاض من هذه الولاية تحوّم حوله شائبة من الشوائب
التي تطعن في صلاحيته الكاملة وأهليته المطلوبة لهذا المنصب الجليل .
حسبى في ذلك كله قوله - تعالى - : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه
إن الله بالغ أمره » (١) .

فان كنت قد وفقت في هذا العمل ، فالفضل لله أولا وأخيراً ، وان
كانت الأخرى فذلك جزاء ما قدمت يدائ طالباً من الله العفو والسماح •
والله الموفق •

خطة البحث :

قسمت بحثي هذا الى بحثين :

— البحث الأول : معنى العزل وحليل مشروعيته في الفقه والقانون
وقسمت هذا البحث الى مطلبين :

— المطلب الأول : معنى العزل في اللغة والاصطلاح •

— المطلب الثاني : تحليل مشروعية العزل •

— البحث الثاني : بعض المبررات التي تدعو الى عزل القاضي
في الفقه والقانون •

وهذا البحث أوردته في أربعة مطالب كما يلي :

— المطلب الأول : فسق القاضي وإخلاله بواجبات وظيفته كمبرر
لعزله •

— المطلب الثاني : مرض القاضي أو عجزه كمبرر لعزله •

— المطلب الثالث : عزل الامام للقاضي وعدم كفاءته كمبرر لعزله •

— المطلب الرابع : عزل القاضي لنفسه أو استقالته بإرادته
كمبرر لعزله •

— نتائج البحث : وتضمنت أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه
الاسلامي وقواعد القانون الوضعي •
المراجع •

المبحث الأول

معنى العزل ودليل مشروعيته في الفقه الاسلامي

المطلب الأول

معنى العزل

أولاً : العزل في اللغة :

العزل في اللغة معناه صرف الماء عن المرأة حذراً عن الحمل (١) ،
ومنه عزل الشيء يعزله عزلاً ، وعزله فاعتزل وانعزل ، وتعزل : نحاه
جانبا فتحتى ، ومنه عزله عن العمل أى نحاه فعزل (٢) .

وقيل العزل معناه البعد ، وقيل معناه : المتحية والافراز ، وقال
الأزهري : العزل عزل الرجل الماء عن جاريته اذا جامعها لئلا تتحمل (٣)
وقيل معناه : الاخراج ، ومنه عزلت النائب كالوكيل اذا أخرجته
عما كان له من الحكم فعزل (٤) .

(١) التعريفات للفاضل علي بن محمد الشريف الجرجاني ص ١٥٥
مطبعة ساحة الرياض ، لبنان - ١٩٨٥م .

(٢) لسان العرب لابن منظور ج ٤ ص ٢٩٣٠ وما بعدها - طبعه
دار المعارف . ومع القاموس المحيط ج ٤ / ص ١٥ الحلبي للفيروزآبادي
(٣) تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محب الدين محمد
مرتضى الحسيني الزبيدي ج ٨ ص ١٤٠ - طبع المطبعة الخيرية بالجمالية
١٣٠٦هـ .

(٤) المصباح المنير للفيومي ج ٢ ص ٤٠٨ المطبعة العلمية - بيروت
- لبنان .

ثانيا : العزل في الاصطلاح :

أهم أثر فيها اطلعت عليه من كتب فقهية حديثة أو قديمة على تعريف لعزل القاضى من ولاية القضاء ، ولكن تأسييا بما جاء بالمعنى اللغوى قد قمت بوضع تعريف له مؤداه :

عزل القاضى معناه : ابعاد القاضى من ولاية القضاء بعد أن كان متواليا لها ، لمبرر يقتضى ذلك •
شرح التعريف :

معنى العزل أى الإبعاد أو البعد ، من القيام بهذه المهمة بعد أن كان متمكنا منها ، ومنه قوله — تعالى — : « انهم عن السمع لمعزولون » (٥) أى ممنوعون بعد أن كانوا يمكنون من ذلك •

وقولنا « بعد أن كان متواليا لها » دليل على أنه كان أهلا لها قبل الابعاد ، ثم زالت هذه الأهلية بابعاده ، وأنه لا عزل الا بعد ممارسة وتول •

فاذا لم يمارسها بالفعل ، فلا يعد ابعاده عزلا ، لأنه لم يقترب حتى يبتعد •

وقولنا « لمبرر يقتضى ذلك » فهذا دليل على أن العزل لا يكون الا لسبب يقتضيه والا كان تعسفا وجورا ، وفي هذا المعنى يذكر الامام الحلبي — رضى الله عنه — الولاية متى استقرت شرعا فلا تبزول تشهيا (١) ، أى بدون مبرر •

(٥) سورة الشفراء الآية ٢١٢ •

(٦) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للعلامة ج ٤ ص ٧١
طبعة دار الاضواء طبعة ثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م - تحقيق عبد الحسين محمد علي •

والمبرر هو سبب الغزل ، سواء كان المبرر راجعا الى فعل
القاضي نفسه ، كعزلة بارأته أو فسقه ، أو كان المبرر بسبب لا دخل
له فيه ، كالمرض والعجز •

” المطلب الثاني ”

دليل مشروعية العزل في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

أولا - في الفقه الاسلامي :

استدل فقهاء الشريعة الاسلامية على مشروعية عزل القاضي ،
اذا كان هناك مبرر لعزله بالآتي :

(أ) فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما عزل الامام
عليا - كرم الله وجهه - من قضاء اليمن في حجة الوداع (٧) •

(ب) الأثر المروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه
قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا اذا رآه الفاجر شرقه ، فعزله عن
قضاء البصرة ، وولى كعب بن سور مكانه (٨) •

وعزل عمر شرجبيل فقال : أعن سخط يا أمير المؤمنين • فقال :
لا ، ولكن وجدت من هو أقوى منك ، قال : ان عزلك لي عيب فأخبر
الناس بعذري ففعل (٩) •

(٧) المحل لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٦ •

(٨) استقلال السلطة القضائية - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية

حقوق عين شمس من يسن عمر يوسف - ص ٣٧٦ في سنة ١٩٨٤م •

(٩) بلغة السالك لأقرب المسالك للضاوي ج ٢ ص ٣١٠ - المكتبة

التجارية • - شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣١ مطبعة

محمد أفندي بصر •

ومن لم يعزله عمر عزله عثمان بعده (١٠) •

(ج) وقد عزل الامام على - كرم الله وجهه - أبا الأسود ، فقال:
لم عزلتني وما خبت وما جنيت • فقال : انى رأيك كلامك يطلو على
كلام الخصمين (١١) •

وكذلك ما روى عن مسلم بن مخلد أنه عزل سليم بن عتر قاضى
مصر (١٢) •

فهذه الوقائع والآثار تدل على مشروعية عزل القاضى ، اذا ماكان
هناك مبرر لعزله تحقيقا لمصلحة المسلمين ، ومنفعتهم •

ثانيا - فى القانون الوضعى :

تعدلت النصوص التى أوردها المشرع الوضعى ، فى قانون
السلطة القضائية التى تبرر عزل القاضى اذا كان هناك مبرر لعزله •

من هذه النصوص :

م ٦٩ سلطة قضائية ونصها « ... لا يجوز أن يبقى فى وظيفة
القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية » •

م ٧٠/٢ تعتبر استقالة القاضى مقبولة من تاريخ تقديمها لوزير
العدل ، اذا كانت غير مقرنة بقرينة أو معلقة على شرط » •

(١٠) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقيد به - دكتوراه مقدمة
لحقوق القاهرة من عبد العزيز القاسم ص ١٣٥ •

(١١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ تحقيق / محمد سالم
محيسن وشعبان محمد اسماعيل - نشر مكتبة الكليات الأزهرية •

(١٢) مدى حق ولى الأمر - الرسالة السابقة د. عبد الرحمن
عبد العزيز القاسم ص ١٣٦ •

م ٧٢ « لا يجوز للقاضي القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » •

م ٩١ ونصها « اذا لم يستطع القاضي بسبب مرضه ، مباشرة عمله بعد انقضاء الأجازات المقررة فى المادة السابقة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بوظيفته على الوجه اللائق فإنه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ••• » •

م ١١١ « اذا ظهر فى أى وقت أن القاضي فقد أسباب الصلاحية لملاية القضاء لغير الأسباب الصحية يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل ••• » (١٣) •

فهذه النصوص التشريعية الواردة فى القانون تقرر عزل القاضي باحالاته للمعاش أو نقله الى وظيفة أخرى غير قضائية ، اذا ما توافر فى حقه مبرر من المبررات المنصوص عليها والتي يفقد بسببها أهليته لمباشرة هذه الوظيفة •

(١٣) نصوص المواد ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٢ ، ٩١ ، ١١١ من تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م •

” البحث الثاني ”

دبررات عزل القاضى فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

” المطلب الاول ”

فسيق القاضى واخلاقه بواجبات وظيفته كمبرر

أعزلة فى الفقه والقانون

اولا - فى الفقه الاسلامى :

ضابط الفسق :

عرف بعض الفقهاء الفسق المانع من تولية القضاء بأنه : الفسق المتمثل فى ارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التى يعقدها المكلف حراما ، ويرتكبها تتبعاً لشهوات نفسه •

ينهم من هذا التعريف ، أن الفسق يناهى العدالة ، فإذا تحقق الفسق انتفت العدالة التى يجب أن يتحلّى بها القاضى ، فى ممارسته لوظيفة القضاء بين الناس ، الأمر الذى حدا بفقهاء الشريعة الاسلامية ، الى القول بضرورة عزل القاضى اذا ولى مستكملاً لصفة العدالة ، ثم زالت عنه هذه الصفة أثناء الولاية بالاتفاق •

ومع ذلك اختلف الفقهاء فيما بينهم فى كيفية عزل القاضى بالفسق • هل يعزل بنفس الفسق أى بمجرد ظهوره على القاضى ؟ أو أنه يستحق العزل ، ولكن لا يتم العزل الا بصحور القرار ممن له الحق فى عزله ؟ رأيان :

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم من ٧٢ - تحقيق محمد مصطفى

الزحيلي - طبعة دار الفكر •

الرأى الأول :

يرى أنصاره أن القاضى إذا طرأ عليه الفسق ، يستحق العزل ، لكنه لا يعزل الا بصحور قرار العزل من الامام الذى يتمتع بهذا الحق ، استنادا الى أن :لحاكم الأعلى له حق التولية وله حق العزل ، باعتباره صاحب العقد ، وصاحب الحل (٢) •

وقد أورد الفقهاء من أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المقيدة لذلك ، من هذه النصوص :

جاء في فقه المالكية :

« لا ينعزل القاضى بالفسق حتى يعزله السلطان وأحكامه نافذة » (٣) •

« ويعزله الامام بالفسق لزوال وصفه » (٤) •

- (٢) أهلية القاضى ونزاهته فى الفقه الاسلامى د• عبد الرحمن عبد القادر ص ٨١ مذكرات على الاستئسل •
- دزر الفواص فى محاضرة الخواص لابن فرحون ص ٢٩٤ تحقيق محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ — طبع المطبعة العتيقة بتونس •
- فتح الوهاب للأنصارى ج ٢ ص ٢٠٨ •
- نهاية المحتاج للمرئى ج ٨ ص ٢٥٤ •
- بلفة السالك ج ٢ ص ٤٠٤ •
- درر الحكام شرح غرر الأحكام لملاخسرو — ج ٢ ص ٤٠٤ •
- حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٣ •
- فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٢٥٤ •
- (٣) درة الخواص فى محاضرة الخواص — ص ٢٩٤ •
- (٤) بلفة السالك ج ٢ ص ٣٠٦ •

(١٤ — شريعة)

في الفقه الشافعي :

« اختلف الأصحاب اذا فسق هل ينزل بنفس الفسق أم لا ؟
 وجهان (٥) »

• « وفي عزله بالفسق وجهان والعزل أرجح » (٦) •

في الفقه الحنفي :

« وان كان عدلا ففسق بأخذ رشوة يستحق العزل لوجود سبب
الاستحقاق » (٧) •

• وسبب العزل عدم ائتمان الناس على حقوق الناس •

• « ولو كان عدلا ففسق بأخذ رشوة استحق العزل » (٨) •

وجاء في البدائع « اختلف فقهاء الحنفية في عزل القاضي بالفسق
بأخذ الرشوة مثلا ، فذهب بعضهم الى القول بأنه لا ينزل ، لكنه
يستحق العزل » (٩) •

الرواي الثاني :

القاضي اذا ولى القضاء متمتعا بصفة العدالة ، ثم طرأ عليه

(٥) أدب القضاء لابن أبي الدم - تحقيق الزحيلي ص ٧٣ •

(٦) نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٤٤٥ •

- روضة الطالبين للنووي - ص ١٢٦ •

(٧) درر الحكام شرح غرر الأحكام - ج ٢ ص ٤٠٤ •

(٨) حاشية ابن عابدين - ج ٥ ص ٣٦٣ •

- شرح فتح القدير - ج ٧ ص ٢٥٤ •

(٩) بدائع - ج ٧ ص ١٦ ، الاختيار لتعليل المختار للبوصلي

ج ٢ ص ١١٣ •

الفسق ينزل بمجرد ظهور الفسق عليه ، دون انتظار لصدور قرار بالعزل من الامام .

وهذا ما رآه بعض المالكية (١٠) في الاتجاه الثاني — والرأى الثانى لبعض الحنفية (١١) والمراجع عند الشافعية (١٢) ، وبعض الامامية (١٣) ، وبعض الزيدية (١٤) ، والحنابلة (١٥) .

وقد احتج أنصار هذا الرأى بأن القاضى اذا فسق بعد أن كان عدلا ، يكون قد فقد شرط التولية الذى ولى على أساسه ، وبذلك تزول أهليته للقضاء ، وبزوالها تزول صفة القاضى ، دون حاجة الى صدور قرار بزوالها (١٦) .

وقد أورد أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المؤيدة لرأيهم، من هذه النصوص :

في الفقه المالكي :

جاء في تبصرة الحكام « اذا ظهر عليه الفسق بعد ولايته انفسخ عقده وولايته » (١٧) .

(١٠) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ .

(١١) درر الحكام — ج ٢ ص ٣٠٤ ، شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٤

(١٢) أدب القضاء — السابق — ص ٧٣ ، فتح الوهاب ج ٢ ص ٢٠٨

— فتح المين — ص ١٣٩ .

(١٣) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ .

(١٤) عيون الاذهار في فقه الأئمة الاطهار لابن المرتضى ص ٤٧١ .

(١٥) المغنى ج ٩ ص ١٠٤ ، منتهى الإرادات ج ٢ ص ٥٧٧ .

(١٦) أهلية القاضى ونزاهته — ص ٨٢ د . عبد الرحمن عبدالقادر

(١٧) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ .

في آفته الحنفى :

جاء فى شرح فتح القدير « اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل ، لأن عدالته فى معنى المشروطة فى ولايته ، لأنه حين ولاء اعتمد عدالته ، فكانت ولايته مقيدة بعدالته فقتول بزوالها » (١٨) •

وجاء فى البدائع « أن الامام بعد عزله للقاضى الفاسق يعززه ، لأن الذى ولاء ما رضى به الا عدلا » (١٩) •

وجاء فى الروضة « ينعزل اذا فسق وخرج عن الصفة التى يصلح بها أن يكون قاضيا » (٢٠) •

فى آفته الشافعى :

جاء فى حاشية البيجرمى مانصه « وينعزل القاضى بالفسق » (٢١) •
وجاء فى أدب القضاء « اختلف الأصحاب فى القاضى اذا فسق ، هل يعزل بنفس الفسق أم لا ؟

وجهان أصحهما ينعزل بمجرد فسقه ، ولم ينفذ حكمه — أيضا — ، ويحرم عليه والحالة هذه أن ينصب نفسه للحكم ، ويحكم بين اثنين ، ويجب رفع حاله السيئة الى ولى الأمر ليولى على المسلمين عدلا غيره » (٢٢) •

(١٨) شرح فتح القدير على الهداية — ج ٧ ص ٢٥٤ •

(١٩) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦ ، معه الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ١١٣ •

(٢٠) روضة القضاء للسمنانى — تحقيق صلاح الناهى ج ١/١٤٨ •

(٢١) حاشية البيجرمى ج ٤ ص ٣٧٤ •

(٢٢) أدب القضاء لابن أبى النعمان للزحيل ص ٧٣ •

وفي الروضة « العزل بالفسق وجهان وقال الشافعي يعزل » (٢٣)
وجاء في فتح الوهاب « وينعزل بمجرد الفسق لوجود المنافي » (٢٤) •

وفي فتح المعين « وينعزل بالفسق ولو لم يعلم توليه بنفسه
الأصلي أو الزائد على ما كان عليه حال توليته ، ولو زالت هذه
الاحوال لم تعد الولاية » (٢٥) •

وفي الفقه الحنبلي :

جاء في المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل...
فانه يعزل بذلك » (٢٦) •

وجاء في منتهى الارادات « وما يمنع التولية يمنع حوامها » (٢٧)

الفقه الزيدى :

جاء في عيون الأذهار « وينعزل بالجور وظهور الارتشاء » (٢٨)

في فقه الاهامية :

جاء في شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الاعتقاد ،

(٢٣) روضة الصالحين وعمدة المفتين ص ١٢٦ •

(٢٤) فتح الوهاب للأصصارى ج ٢ ص ٢٠٨ ، ومثله فى مفتى

المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ •

(٢٥) فتح المعين للمليبارى ص ١٣٩ •

(٢٦) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ •

(٢٧) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ •

(٢٨) عيون الأذهار فى فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى

تعليق الشيخ صادق موسى ص ٤٧١ - طبعة دار الكتب - لبنان •

انعزل وان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق ، ولو حكم لم
ينفذ حكمه » (٢٩) •

فهذه النصوص تفيد أن القاضي إذا فسق انعزل بمجرد الفسق ،
دون انتظار لصحور حكم من الامام بعزله •

الرأى الرابع :

ويترجح في نظرنا الرأى الأول القائل بأن القاضي إذا فسق
يعزل ، ولكن هذا العزل لا يتم الا بصحور قرار من القاضي ، الذى
ولاه ، حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ازاء عزله
القاضى ، وقبل تعيين غيره ، فقد لا يوجد البديل وقت العزل وأضاف
لذلك البعض قائلاً : ان كل ما يحتاج الى قرار فى الثبوت ، يحتاج الى
قرار فى العزل (٣٠) •

مع العلم بأن ثبوت الفسق على القاضي ، أمر يحتاج الى التحقق
منه واتصافه به ، ولا يكون ذلك الا بالنظر فى أمر القاضي ، وتتبع
سيره وأحواله ، من جانب الامام ، وذلك حرصاً وضماناً لحصانة
القاضى ، مما قد يسارع اليه بعض الأفراد من اتهامه بالفسق حتى
يرتب عليه بطلان ما أصدره من أحكام ضده (٣١) •

(٢٩) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للامام الحلبي -

ج ٤ ص ٧٠ وما بعدها ، تعليق عبد الحسين محمد علي •

(٣٠) أهلية القاضي ونزاهته فى الشريعة الاسلامية د • عبد الرحمن

عبد القادر ص ٨٢ وما بعدها مذكرات مكتوبة على الاستنبس للطلاب

الدراسات العليا - كلية حقوق اسبوط •

(٣١) أهلية القاضي - السابق - ص ٨٣ •

ثانياً - اخلال القاضى بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى القانون :

للقضاة حصانة كاملة ، واستقلال مميز فى ابدائهم لآرائهم ، فى الدعاوى التى ينظرونها ، وفى مقابل هذه الحصانة التى يتمتع بها القاضى ، يجب عليه أن يؤدى واجبه على الوجه الأكمل ، ومن ثم إذا أخل القاضى بواجبه تعرض للمساءلة التأديبية التى قد تنتهى بعزله من ولاية القضاء ، وذلك بعد محاكمة تأديبية ، تتم أمام مجلس تأديبي يخصص لذلك .

ولكن ما هى الوقائع التى تبرر عرض القاضى على مجلس التأديب ، والتى يتم عزله بسببها ؟ يجب على ذلك بعض (٣٣) الشراح قائلا : « من المستحيل أن تحدد مقدما الوقائع التى يمكن أن تكون سببا للمسئولية التأديبية للقضاة — والتى يمكن أن تنتهى بعزلهم — ولكن يمكن تقسيمها الى مجموعات ثلاث :

(أ) ما يتصل بأداء القاضى لوظيفته ، من هذه تخلف القاضى عن واجب الإقامة فى البلدة التى بها مقر عمله ، أو عن واجب الحضور لعمله وعدم التغيب فى غير أجازة (٣٣) .

(٣٢) الوسيط فى قانون القضاء المدنى د. فتحى والى - ص ٢٠٢
(٣٣) أحكام المادة ٧٦ من قانون السلطة القضائية ونصها « يجب أن يقيم القاضى فى البلد الذى يكون فيه مقر عمله » ويذكر المستشار يحيى الرفاعى فى تعليقه على هذا النص أن الالتزام بهذا النص أصبح مستحيلا فى أزمة المساكن الراحنة ، ومن ثم يجب تعديل النص وتعميم الحكم الوارد فى الفقرة الثانية ونصها « ويجوز للوزير العدل لظروف استثنائية أن يرخص للقاضى فى الإقامة فى مقر المحكمة الابتدائية التابع لها ، أو فى أى بلد آخر يكون قريبا من محل عمله ، ويكون أنتقاله فى هذه الحالة على نفقة الحكومة ٠٠٠ » - تشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعى - هامش ص ٦٢ .

(ب) ما يتصل بحياته الخاصة ، اذ يجب على القاضى أن يراعى في حياته الخاصة الامتناع عن أى سلوك — ولو كان في ذاته مشروعاً — لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه من وقار ، وبعد عن الشبهات ، لأنه لا يمكن الفصل بين وظيفة القاضى وحياته الخاصة .

(ج) ما يتصل بنشاطه الخارجى فيمتنع على القاضى من ناحية التقيام بمزاولة التجارة أو أى وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته ، ومن ناحية أخرى الاشتغال بالسياسة أو ابداء رأى سياسى (٣٤) .

وقد ذكر بعض الشراح أن المشروع الفرنسى ، قام بتعريف الخطأ الصادر من القاضى والذي يستوجب مساءلته تأديبياً ، ويعتبر اخلاصاً منه بواجبات وظيفته ويرر عزله فقال : " هو كل مخالفة لواجباته أو مقتضيات وظيفته ، أو اذا قام بأى عمل مخل بالشرف ، أو لا يتفق وكرامة القضاء (٣٥) " .

(٣٤) أحكام المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون السلطة القضائية ونصهما :
المادة ٧٢ ونصها : « لا يجوز للقاضى القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » .
المادة ٧٣ ونصها « يحظر على الحاكم ابداء الآراء السياسية ، ويحظر كذلك على القضاة الاشتغال بالعمل السياسى ، ولا يجوز لهم الترشيح لانتخابات مجلس الشعب أو الهيئات الاقليمية أو التنظيمات إلا بعد تقديم استقالتهم » .

— الوسيط فى قانون القضاء المدنى ص ٢٠٢ ، د. فتحى والى .
— المرافعات المدنية والتجارية د. عبد الحميد أبو هيف — ص ٢٠٦ .
— أصول المرافعات المدنية والتجارية د. نبيل اسماعيل عمر ص ٩٧ : ١٠٠ ، نشر منشأة المعارف .
— قوانين المرافعات — د. أمينة النمر ص ١٠١ — نشر منشأة المعارف .

(٣٥) القانون القضائى الخاص — د. ابراهيم نجيب ج ١ ص ٣٦١

وعرفه بعض الشراح قائلًا : الخطأ التأديبي هو : كل إخلال من القاضي بواجباته المتعلقة بحالته أو شرفه أو مسلكه أو كرامته (٣٦) .

وبناء عليه فإذا فقد القاضي أسباب صلاحيته لولاية القضاء ،
لغير الأسباب الصحية بأن ارتكب خطأ كبيرا ، في حق مهنته ، أو
قام بعمل يتعلق بالشرف أو الكرامة أو باشر عملا يتعارض مع ولايته
لفصل المنازعات ، يتم عزله بعد عرضه (٣٧) على مجلس تأديب ، يتم
تشكيله من عدد معين من القضاة أشارت اليه المادة ٩٨ (٣٨) من قانون
السلطة القضائية وهذا ما أشارت اليه المادة ١١١ من القانون المذكور
ونصها : « إذا ظهر في أي وقت أن القاضي فقد أسباب الصلاحية
اولاية القضاء لغير الأسباب الصحية ، يرفع طلب الإحالة الى المعاش
أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل من تلقاء نفسه ،
أو بناء على طلب رئيس المحكمة الى المجلس المشار اليه في المادة ٩٨
من قانون السلطة القضائية » .

-
- (٣٦) استقلال القضاء - د. محمد نور شحاته - ص ٢٢٨ .
- (٣٧) قانون القضاء المدني - د. محمود هاشم - ص ٢٢٠ .
- استقلال القضاء - د. محمد نور شحاته - ص ٢٢٨ .
- الوسيط في شرح قانون المرافعات - د. أحمد السيد صاوي -
ص ٢٩٤ .
- حرية الدفاع - طه أبو الخير ص ٧١ ، الوجيز في قانون القضاء
المدني - د. محمد نور ص ١٣٣ .
- (٣٨) مادة ٩٨ ونصها « تأديب القضاة بجميع درجاتهم يكون من
اختصاص مجلس تأديب يشكل على النحو الآتي : رئيس محكمة النقض
رئيسا ، أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف ، أقدم ثلاثة من مستشاري
محكمة النقض » .

وقد ذكر بعض (٣٩) ائسراح أن الخطأ الذى يؤدى بالقاضى الى العزل لا يمكن حصره ، لأن قوامه ليس مخالفة القاضى لتواجباته الوظيفية التى نصت عليها القوانين واللوائح ، بل تلك التى يقتضيها حسن انتظام العمل ، ومن أمثلة ذلك افشاء أسرار المداولة ، أو تغيبه عن العمل بدون مبرر ، أو قضائه فى دعوى ممزوعة عليه ، أو قيامه بنشاط سياسى محظور ، أو قيامه بأنشطة تمس الشرف والكرامة ، وتتعلق بحياته الخاصة (٤٠) وكذا خروجه عن مسلكه فى عمله عن الحدود التى يجب عليه التزامها (٤١) ، ومنها احتراؤه للتجارة أو حصوله على رتبة أو نيشان من الحكومة ، أو قبول مكافأة فوق مرتبه ، أو قبول هدايا ذات قيمة ، فانه ان فعل ذلك كان جزاءه العزل والحرمان من المرتب (٤٢) .

مما سبق عرضه يتضح لنا أن اخلال القاضى بواجبات وظيفته أيا كان نوع هذا الاخلال طالما كان متعارضا مع ولايته لفصل المنازعات يعد مبررا لفضله من ولاية القضاء ، لأن القاضى بارتكابه لهذا الخطأ قد فقدت أسباب صلاحيته لولاية هذا العمل الجليل ، ويترتب على ذلك ضرورة استبعاده من هذه الولاية سواء كان ذلك بالعزل ، أو بالنقل الى وظيفة أخرى غير قضائية ، عملا بنص المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية المشار اليها .

-
- (٣٩) الدكتور محمد نور فى كتابه : الوجيز فى قانون القضاء المدنى ص ١٥٩ ، انظر للمؤلف نفسه استقلال السلطة القضائية ص ٢٢٧ وما بعدها - الدكتور فتحي والى - فى كتابه الوسيط ص ٢٠٢ .
 (٤٠) استقلال السلطة القضائية د . محمد نور ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .
 (٤١) الوجيز فى قانون المرافعات د . رمزي سيف ص ٤٠ .
 - أصول المرافعات - نبيل عمر ص ٩٩ .
 (٤٢) الوجيز فى المرافعات المصرية د . عبد الفتاح السيد - ص ٢٠٠ وما بعدها مطبعة النهضة ١٣٤٢ هـ - ١٩٢٤ م .
 - المرافعات المدنية والتجارية - د . عبد الحميد أبو هيف ص ٣٠٦ .

الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

نلاحظ من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فيما يتعلق بعزل القاضى. للفسق ، وعرضنا لآراء شراح القانون فيما يتعلق باخلال القاضى. لواجبات وظيفته كمبرر لعزله ، يتضح لنا اتفاق أحكام القانون الوضعى مع ما جاء فى الفقه الاسلامى الى حد كبير ، لأن الناظر فى الفسق فى الفقه يجده اخلاقا من القاضى بصفة العدالة التى ينبغى أن يتحلى بها فى ممارسته لموظيفة فصل المنازعات بين الناس ، واخلال القاضى بواجبات وظيفته فى القانون يعد فسقا من جانبه - أيضا ، وذلك لخروجه عن مقتضيات هذه الوظيفة بارتكابه ما هو ممنوع من ممارسته ، أثناء أدائه لهذه الرسالة ، ومخالفة هذه للقوانين والواجبات التى قررها ولى الأمر ، وتسمية هذا الجبر فى الفقه بأنه فسق وتسميته اخلاقا فى القانون لا يقدح فى أن ما انتهى اليه شراح القانون ، يتفق وما قرره الفقهاء فكلا المفهومين يلتقيان فى نقطة واحدة وهى أن كلا منهما يعد انتهاكا لصفة يجب توافرها فيمن يلقى وظيفة فصل المنازعات، وتخلفها يؤدى الى عزل من يلى هذه الوظيفة .

" المطلب الثانى "

المرض أو العجز كسبب لعزل القاضى فى الفقه والقانون

الفرع الأول : فى الفقه الاسلامى

الفصل بين الناس ووظيفة من أسمى الوظائف ، المستوجبة لكل كمال ، ومهنة من أشرف المهن ، مارسها الأنبياء والمرسل ، وقام بها الخلفاء والتابعون ، وزان عرشها الفقهاء من بعدهم ، على مر العصور ومختلف الدهور .

ومن يمارس هذه الوظيفة ، يعد ملجأ الناس حين تظلم النفس
بالظلم ، فهو المصباح الذى يضيء طريق الحق ، بكلمة منه يضع
الحق فى نصابه ، ويرد للمظلوم مظلمته ، ويردع الظالم عن ظلمه .

وإذا ما كان الأمر كذلك ، فلا غرابة ولا غرو ، أن يهتم الفقهاء
أهتماما بالغا بشخص القاضى ، ويولوه عناية فائقة ، حتى جعلوه من
أشخاص ينحصر وجودهم لكثرة ما تطلبوه فيه من شروط ، وما ينبغى
أن يكون عليه من صفات ، لكى يقيم حدود الله بصورة تحقق العدل ،
وتقطع دابر الظلم .

ومن بين هذه الشروط التى اشترطها الفقهاء فى القاضى ، أن يكون
خاليا من الأمراض التى توقعه عن مباشرة هذا العمل ، فتمتعه من
توليئه ، أن لم يكن متوليا له بالفعل ، وتوجب عزله إذا ما كان متوليا
له ثم طرأت عليه .

وحديثنا فى هذا المطلب سيكون قاصرا على القاضى الذى ولى
القضاء ، متمتعا بكمال الجسم والبدن ، ثم ابتلاه الله بعد ولايته بمرض
أو عجز أفقده الصلاحية الكاملة للاستمرار فى هذا العمل الذى تتعلق
به حقوق الناس وأرواحهم .

ومن بين هذه الأمراض ما يلى :

أولا : فقد البصر والسمع والكلام ، وهى التى تعرف باسم
سلامة الحواس ، والجنون :

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية ، على أن القاضى إذا ولى

(١) أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ .

نظام القضاء - د. إبراهيم عبد الحميد ص ٥٨ .

القضاء سميعاً بصيراً متكلاً . ثم نقد واحدة من هذه الحواس ، فانه
لا يبقى في منصب القضاء •

وهذا ما أشارت اليه نصوص الفقهاء الواردة في مذاهبهم الفقهية
المختلفة • ومن هذه النصوص :

(١) في فقه المالكية ما يلي :

جاء في شرح الزرقاني شرح مختصر خليل ما نصه : « وعزل
الأعمى والأصم والأبكم واجب » (٢) •

وجاء في الفواكه « ويجب عزل الأعمى والأصم والأبكم » (٣) •

وجاء في بلغة السالك « ووجب عزل أعمى وأصم وأبكم ولو طراً
عليه بعد توليته » (٤) •

وجاء في شرح الخرشي « ويعزل الأعمى والأصم والأبكم لتعذر
غالب الأحكام » (٥) •

وجاء في المجموع « ويعزل إذا طراً عليه عمى أو صم أو
بكم » (٦) •

(٢) في الفقه الشافعي :

جاء في المغني « الاغماء والخرس والصمم العمى مبررات لعزله
القاضي » (٧) •

-
- (٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٢٤ •
 - (٣) الفواكه النوانى لابن مهنا النقاوى ج ٢ ص ٢٩٧ •
 - (٤) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوى ج ٢ ص ٣٠٦ •
 - (٥) شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٥ ص ١٤٠ •
 - (٦) حاشية المجموع على الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٦ •
 - (٧) مغني المحتاج للخطيب القرييني ج ٤ ص ٣٨٠ •

وجاء في الروضة « اذا جن أو أغمى عليه أو عمى أو خرس
 ينزل » (٨) •
 وجاء في فتح الوهاب « وينزل بزوال أهليته كجنون واغماء
 كخفلة وصمم » (٩) •
 وجاء في فتح المعين « وإنزل بمرض لا يرجى زواله ، ومثل ذلك
 العمى والصمم لوجود المنافي » (١٠) •

(ج) في الفقه الحنفى :

جاء في الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضى انزل ، فوات
 السمع أو البصر أو العقل أو الخين » (١٠) •
 وجاء في لسان الحكام « أربع خصال لو بطت بالقاضى صار
 معزولا ، ذهاب البصر والسمع والعقل والردة » (١٢) •
 وجاء في الروضة « وتبطل ولايته بالفرس ، وتبطل ولايته —
 أيضا — بطرو العمى لأنه لا يصح له معرفة ما يحتاج الى نظره فهو
 كزوال العقل » (١٣) •

(د) في فقه الحنابلة :

جاء في المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو مرض يمنعه

(٨) روضة الطالبين للنووى ص ١٢٥ وما بعدها •

(٩) فتح الوهاب للأصاوى ج ٢ ص ٢٠٨ •

(١٠) فتح المعين لليبارى ص ١٣٩ •

(١١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٤ •

(١٢) لسان الحكام ص ٢٢٣ ، ومثل ذلك فى معين الحكام ص ٣٣

(١٣) روضة القضاة وطريق النجاة للسمنانى ص ١٤٩ وما بعدها

من القضاء ، فإنه ينعزل بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجهها
واحداً » (١٤) •

وجاء في منتهى الارادات « ويتعين عزله مع مرض يمنعه
القضاء » (١٥) •

وجاء في كشف القناع « ويشترط أن يكون بصيراً ناطقاً ، وأن
يكون سمياً ، فإن كان بخلاف ذلك انعزل » (١٦) •

(هـ) في فقه الامامية :

جاء في شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد
انعزل » (١٧) •

(و) في فقه الشيعة :

جاء في كتاب النيل « ولا تتعقد ولاية الأمام والأبكم والأعمى ،
ويجب عزلهم ولو طراً عليهم ، لعدم المقصود من الفهم والافهام » (١٨)
مما سبق عرضه من نصوص متعددة في المذاهب الفقهية المختلفة
يتضح لنا أن شرط الحواس ، من الشروط المتفق عليها بين فقهاء

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٣ •

(١٥) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق

(١٦) كشف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٩٥ •

(١٧) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ تحقيق عبد الحسين

محمد على •

(١٨) كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد يوسف بن أطفيش ٢٣/١٣

— راجع فيما يلي تاريخ القضاء : محمود عونس ص ١٧٠ •

— التنظيم القضائى فى الفقه الإسلامى د. محمد مصطفى الزحيل ٧٠

— أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ وما بعدها •

الشريعة الإسلامية ، وأن فقد القاضى لحاسة من هذه الحواس ، بعد ولايته مبرر لعزله .

هذا وقد وقع خلاف بين الفقهاء ، حول الوقت الذى يعزل فيه القاضى ، هل يعزل بمجرد فقدده لاحدى حواسه ؟ أم لابد من صدور قرار بعزله ممن له ملكية هذا القرار ؟

رأيان : الرأى الاول منهما يرى عزله بمجرد طسرو المرض أو العجز ، أما الثانى فىرى أصحابه أنه لا يعزل قبل صدور قرار بعزله (١٩) ، وأيا كان الراجح من هذين الرأين وما يترتب على كل منهما ، فلا يهمننا هذا الخلاف وما يترتب عليه ، بقدر ما يهمننا الاتفاق الذى وقع بين الفقهاء ، فى أى القاضى الذى يتعرض لفقد احدى حواسه ، يعزل . وهذا ما أشارت اليه النصوص الفقهية .

ثانياً — الجنون :

شرط العقل فى القاضى من الشروط التى يتوقف عليها صحة تعيينه فى هذه الوظيفة باتفاق الفقهاء ، دون مخالفة من أحد منهم فى ذلك (٢٠) ، وهذا دليل على أن القاضى اذا طرأ عليه الجنون بعد ولايته يعزل بلا خلاف ، سواء هذا الجنون مطبقاً يلزمه دائماً ولا يفارقه ، أم كان متقطعاً يفارقه فى بعض الأوقات (٢١) .

(١٩) أهلية القاضى ونزاعته د . عبد الرحمن عبد القادر - ص ٨٧

وما بعدها .

(٢٠) مواهب الجليل للحضاب ج ٦ ص ٨٣ ، الخرشى ج ٥ ص ٦٣٩ . الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ ، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٠ . المهذب ج ٢ ص ٢٩١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٠ ، فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٣ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٢١) أهلية القاضى - السابق - ص ٨٣ .

لأن الجنون مانع من موانع ولاية القضاء ، فيمنع استمرار هذه الولاية، لأن ما يمنع من جواز التولية ابتداء يمنع دوامها واستمرارها (٢٢) . وقد أشار الفقهاء في كتبهم الفقهية إلى العديد من النصوص ، التي تفيد عزل القاضى إذا أصابه الجنون • من هذه النصوص ما يلي :

(١) في الفقه المالكي :

وجاء في التبصرة « وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها » . ولا تتعدد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها عشرة الاسلام والعقل • • وعدم هذه الشروط يوجب العزل » (٢٣) •

وجاء في المواهب « للقضاء خصال ، لا يتضح أن يلي القضاء إلا من اجتمعت فيه هذه الخصال وهي : أن يكون حرا مسلما عاقلا » (٢٤) •

(ب) في فقه الامامية :

جاء في شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد انعزل ، وان لم يشهد الامام بعزله ، كالجنون والفسق » (٢٥) •

(ج) في الفقه الشافعى :

وفقا للمراجع في المذهب : جاء في حاشية البيجرى « وينعزل بنحو جنون أو اغماء ولو قل كالحظة » (٢٦) •

(٢٢) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ •

ومعه المحل لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٣ •

(٢٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٣ •

(٢٤) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٣ •

(٢٥) شرائع الاسلام للمحل ج ٤ ص ٧٠ •

(٢٦) حاشية البيجرى على المنهج ج ٤ ص ٣٤٧ •

وفي نهاية المحتاج « إذا جن قاض أو أغمى عليه لا ينفذ حكمه
لأنه لا يملك بذلك » (٢٧) .

وجاء في فتح الوهاب « ولو زالت أهلية القاضي بنحو جنون أو
اغماء انعزل » (٢٨) .

وجاء في إعانة الطالبين « وينعزل بجنون واهتمام وإن قلَّ زمنهما (٢٩) .
(د) في الفقه الحنفي :

جاء في الحاشية « أربع خصال إذا حلت بالقاضي انعزل ، فوات
السمع أو البصر أو القتل أو الدين » (٣٠) .

وجاء في روضة القضاة « وتبطل ولاية القاضي بزوال العقل ،
لأنه يمنع التكليف فيمنع الولاية » (٣١) .

(هـ) في الفقه الحنبلي :

جاء في المغني « إذا تغيرت حال القاضي بفسق أو زوال عقل ينعزل
بذلك ، ويتعين على الإمام عزله وجهاد واحد » (٣٢) .

(٢٧) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٤ .

(٢٨) فتح الوهاب ج ٢ ص ٢٠٨ .

وجاء مثل هذا النص في الأفتاوى للشرييني ج ٢ ص ٣٠٠ ، روضة
الطالبين ص ١٢٥ .

(٢٩) إعانة الطالبين - ج ٤ ص ٢٢٢ طبعة الحلبي .

(٣٠) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٤ .

- مثل ذلك ورد في معين الحكام ص ٣٣ ، لسان الحكام ص ٢٢٣ .

(٣١) روضة القضاة ص ١٤٩ .

(٣٢) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .

وجاء في منتهى الارادات « ما يمنع انتولية ابتداء يمنع دوامها •
كما لو طرأ عليه ذلك لفسق أو زوال عقل » (٣٣) •

وهناك رأى مرجوح في الفقه الشافعي يرى جواز بقاء القاضي
الذى جن جنونا غير مطبق ، وهذا ما أشار اليه صاحب كتاب أدب
القضاء قائلا « لو جن القاضي أو أغمى عليه هل ينزل أم لا ؟
وجبهان » (٣٤) •

وجاء في المغنى « أن القاضي اذا جن جنونا منقطعا ، وكان زمن
الافاقة أكثر من زمن الجنون ، بحيث يمكنه القيام بواجبات وظيفته ،
فانه لا ينزل بذلك الجنون قياسا على الإمام ، فكما أن الإمام لا ينزل
بالجنون المنتقطع الذى لا يعوقه فكذلك القاضي » (٣٥) •

ونحن نرى أن هذا الرأى لا يقذح في الاتفاق الذى تم بين
الفقهاء حول تمتع القاضي بكمال العقل كشرط لولايته لفصل المنازعات ،
ومن لم فان القاضي الذى ولى القضاء متمتعا بكمال العقل ، ثم زالت
عنه هذه الصفة ، فانه ينزل قولاً واحداً ، حتى أن بعض (٣٦) الفقهاء ،
لم يكتف بكمال عقل القاضي كشرط لولايته لهذا العمل ، وانما اشترطوا
فيه أن يكون جيد الفهم لا يفخدع بمتحسنين الكلام ، فإذا كان الأمر
كذلك ، فكيف يلى القضاء من فقد عقله بالكلية •

(٣٣) كشف القناع للبهوتي ج ٦ ص ٢٩٧ - تحقيق هلال مضيلحي

(٣٤) أدب القضاء لابن أبى الدم ج ١ ص ٢٧٥ ، تحقيق محيى

هلال السرحان •

(٣٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨٠ ، أهلية القاضي د عبد الرحمن

عبد القادر ص ٨٣ •

(٣٦) البهائم ج ٩ ص ٤٠٢٧ ، الخرشى ج ٥ ص ١٣٩ •

معين الحكام ص ١٣ ، الأحكام السلطانية للناوردي ص ٦٥ •

الفرع الثاني : المرض أو العجز كمبرر لعزل القاضى فى القانون

من مبررات عزل القاضى فى القانون الوضعى المرض أو العجز الذى لا يستطيع معه القاضى القيام بواجبات وظيفته ، وهذا ما يمكن فهمه من نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية ونصها « اذا لم يستطع القاضى بسبب مرضه مباشرة عمله بعد انقضاء الإجازات المقررة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بواجبات وظيفته على الوجه اللائق ، فإنه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ، يصدر بناء على طلب وزير العدل • وبعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (٣٧) » .

واضح من النص المشار اليه ، أن المرض الذى يؤدي الى منع القاضى من أدائه لوظيفته ، يحال الى المعاش ويعزل من ولاية القضاء ، وقد ذكر بعض (٣٨) الشراح أن هذا المرض يشمل المرض الجسدى أو العقلى أو النفسى ، وسواء أدى المرض الى قعود القاضى عن مباشرة عمله أو أدى المرض الى جعل القاضى غير قادر على القيام بوظيفته على الوجه اللائق (٣٩) •

وعلى الرغم من أن النص الوارد بقانون السلطة القضائية ، لم يحدد نوعية المرض الذى يؤدي الى عزل القاضى ، إلا أنه وضع معيارا عاما ، تمثل فى أن مجرد إصابة القاضى بأى مرض من شأنه ، عاقبة القاضى من قيامه بواجبه يعد مبررا لعزل القاضى من ولاية القضاء ،

(٣٧) نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة

١٩٧٢ م •

(٣٨) المستشار طه أبو الخير فى كتابه حرية الدفاع ص ٥٨١ •

(٣٩) قانون القضاء المدنى د • محمود هاشم ص ٢١٩ وما بعدها •

— استقلال القضاء — د • محمد نور شحاته ص ١٩١ •

— الوسيط فى قانون القضاء المدنى د • فتحى ولى ص ١٩٩ •

ومن ثم فإن أى مرض عن شأنه مع القاضى من آدائه لتواجبه على الوجه الملائق ، فإنه يعد سببا لعزل القاضى ، أما اذا كان هذا المرض لا يؤدى الى هذه النتيجة فلا يعد مبررا للعزل فى القانون .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

بعد أن عرضنا موقف الفقه الاسلامى ، وأحكام القانون الوضعى فيما يتعلق بكون المرض أو العجز مبررا يعد مبررا لعزل القاضى فى النظامين الوضعى والاسلامى .

انتصح لنا أن : فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا أشد حرصا على تمتع القاضى بكمال الجسد والبدن ، بدليل أنهم حددوا نوعية المرض الذى يؤدى بالقاضى الى العزل بالإضافة لذلك ، فان الفقهاء ذكروا أن مجرد إصابة القاضى بالمرض أو العجز يعد مبررا كافيا لعزله ، سواء كان المرض أو العجز يؤدى الى عدم قيام القاضى بواجبه على الوجه الملائق أم لا ، أما شراح القانون الوضعى فانهم يشترطون لتطبيق مبدأ عزل القاضى للأسباب الصحية ، أن يكون المرض أو العجز مانعا للقاضى من آدائه لتواجبه على الوجه الملائق ، بعد منحه الأجهزة الكافية ، والمقروة قانونا .

فاذا لم يكن المرض مانعا للقاضى من قيامه بواجبه ، لا يعزل فى القانون ، وإن دل هذا على شئ ، فانما يدل على مدى الاهتمام الزائد ، والعناية الفائقة ، من جانب فقهاء الشريعة الاسلامية بشخص القاضى ، باعتباره شخصا ليس بعادى ، وإنما يجب أن يكون مستجيبا لكل صفات الكمال ، خلقا وخلقا ، حتى يستطيع ارساء قواعد العدل ، بين الناس ، غاية ما فى الأمر أن ما انتهى اليه شراح القانون يجد سنده واضحا فى قواعد الشريعة الاسلامية ، وأن ما قرره الفقهاء فى هذا المجال مازال ولا يزال صالحا لكل عصر وجيل ، ولن يستطيع أى نظام مجازاة النظام الاسلامى فى صورته الحقيقية التى ظلت عليها .

”المطلب الثالث“

عزل الامام للقاضي في الفقه وعدم كفايته في القانون
كمبررين لعزله في النظامين الاسلامي والوضعي

الفرع الأول : عزل الامام للقاضي في الفقه الاسلامي

للاحكام الذي ونى أمر المسلمين ، بحسب الراجح أن يعزل القاضي اذا ما وقع منه ما يقتضي عزله ، لأن تصرفات الحاكم منوطة بمصالح المسلمين ، الأمر الذي يستلزم من الامام ألا يصدر شيئاً من أمور المسلمين الا عن رأى ثاقب ، ومن ثم لا يجوز للامام أن يعزل (١) القاضي دون مقتض ، لأنه ولاء لمصلحة المسلمين عامة ، وقد تعلق به حق الأمة ، فوجب ابقاؤه طالما لم يحدث منه ما يوجب العزل .

وقيل ينفذ عزل الامام للقاضي ولو لم يحدث منه ما يستدعي العزل (٢) ، ويتعرض الامام لخطر الائتم أمام الله (٣) والأول أرجح وهو القائل بعدم العزل .

وقد ذكر الفقهاء بعض المبررات التي يجوز للامام أن يعزل القاضي بمقتضاها ، من هذه المبررات :

- (١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .
- معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ .
- اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٣ .
- شرايع الاسلام — للعل ج ٤ ص ٧١ .
- (٢) دروس القضاء وطريق النجاة للسبباني ص ١٥٢ .
- (٣) أدب القضاة لابن أبي السم ج ١ ص ١٥٠ — تحقيق محيي ملاح السرحان .

- (أ) مصلحة المسلمين إذا كانت تستلزم عزل القاضي •
 (ب) تظاهر الشكوى من القاضي •

وستعرض أولا : للمصلحة كمبرر لعزل القاضي •

والمراد بالمصلحة التي تستوجب عزل القاضي هي : مصلحة المسلمين العامة ، وقد ذكر بعض الشراح أن جمهور الفقهاء يقررون اعتبار المصلحة مبررا لعزل القاضي ، ومنهم من أجمل القول ، فلم يوضح أو يفسر تلك المصلحة ، ومنهم من وضحا ، وذكر أمثلة عليها ، كوجود أصلح منه ، أو أقوى ، أو أصبر منه (٤) •

وهذا ما أشارت إليه نصوص الفقهاء ، التي أوردوها في كتبهم ، من هذه النصوص مايلي :

(أ) في فقه المالكية :

جاء في فتح الرحيم « ويجوز عزله لمصلحة ، فان كان عدلا وجب على الامام اظهار براءته (٥) •

وجاء في بلغة البسالك « وجاز للامام عزل من ولاه للقضاء لمصلحة اقتضت ذلك » •

ثم فسر ان المصلحة قائلا ككون غيره أفقه منه ، أو أقوى منه ، وفي هذه الحالة إذا عزله برأه ، كما وقع لشرحبيل قاضي عمر ، فلما

(٤) مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتعيينه • عبد الرحمن القاسم - دكتوراه ص ١٥٦ •

(٥) فتح الرحيم على فقه الإمام مالك بالأدلة المشيئة ج ٣ ص ١٢٣ طبعه دار الطباعة المجددية - الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م •

أراد عمر عزله قال له : أعن سخط يا أمير المؤمنين ؟ قال : لا ولكن وجدت من هو أقوى منك قتل : ان عزلك لى عيب ، فأخبر الناس بعذري ففعل « (٦) » .

(ب) في فقه الامامية :

جاء في شرائع الاسلام « أما لو رأى الامام عزله لوجه من وجوه المصالح ، أو لوجود من هو أتم منه نظرا ، فانه جائز مراعاة المصلحة (٧) » .

(ج) في فقه الشافعية :

وجاء في أدب القضاء « قال الامام الشافعى : للامام عزل القاضى اذا رابه منه أمر ، ويكفى فيه غلبة الظن ، فلو لم يظن غير الخير ، قال الأصحاب : ان عزله بأفضل منه نفذ ، ومن هو دونه فى الصلاحية لا ينفذ فى ظاهر المذهب ، وبمثله وجهان ... فان عزل القاضى بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل « (٨) » .

وجاء فى اعانة الطالبين « ويجوز عزله لوجود أفضل منه ، وان لم يظهر فيه خلل ، رعاية لمصالح المسلمين « (٩) » .

وجاء فى معنى المحتاج « ويجوز عزل القاضى بمثله ، أو بمن هو

(٦) بلغة السالك ج ٢ ص ٣١٠ ، الشرح الصغير ج ٤ ص ١٢ .

(٧) شرائع الاسلام للحلى - ج ٤ ص ٧١ .

(٨) أدب القضاء لابن أبى التيم ص ٩٤ - تحقيق محمد الزحيل .

(٩) عانة الطالبين وعمدة المفتين ج ٤ ص ٢٢٣ .

« حونه لمصلحة المسلمين ، كتسكين فتنة ، فان لم يكن في عزله مصلحة
: فلا يجوز عزله ، لأئبه عبث وتصرف الإمام يضاه عن ذلك » (١٠) •

(د) وفي الفقه الحنفى :

جاء في روضة القضاة « للإمام عزل القاضى من غير سبب يوجب
العزل » (١١) •

هذا النص وان لم يدل على جواز عزل القاضى للمصلحة بالنص،
لكن القياس فيه واضح ، فاذا كان للإمام عزل القاضى بدون مبرر ،
فالأولى عزله للمصلحة •

(هـ) في فقه الحنابلة :

جاء في المغنى « وأما ان عزله الامام الذى ولاه ، أو غيره ففيه
وجهان : أحدهما ليس له ، لأن عقده لمصلحة المسلمين ، فلم يملك عزله
مع سداد حاله ، والثانى له عزله لا روى عن عمر أنه قال : لأعزلن
أبا مريم وأولين رجلا ، اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة،
وولى كعب بن سوار ، وقد ولى على — كرم الله وجهه — أبا الأسود
ثم عزله فقال : لم عزلتنى وما خفت وما جنيت ؟ فقال : انى رأيتك
يعطو كلامك على كلام الخصمين » (١٢) •

فهذا العمل الذى قام به الامام على — كرم الله وجهه — ليس
أه مبرر سوى مصلحة المسلمين العامة •

(١٠) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ •

(١١) روضة القضاة ص ١٥٢ •

(١٢) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ •

فهذه النصوص الفقهية تؤكد جواز عزل القاضى للمصلحة ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين أنه يمكن حمل العزل على كل مصلحة اقتضت العزل فيوافق هذا القول ، أقوال الفقهاء الآخرين ، الذين أجازوا العزل للمقتضى أو للمصلحة أو للتهمة ، فكلها أعذار للعزل. تحمل معنى المصلحة (١٣) •

أما إذا كان العزل لغير مصلحة فلا يجوز عند البعض (١٤) لأتهم اعتبروا ذلك من قبيل العبث ، والامام يجب أن يمان عن ذلك في تصرفه •

وقيل : نفذ العزل ، ولكن يتعرض صاحب الأمر لخطر الاثم والمسئولية أمام الله (١٥) •

وبهذا ننتهى الى القول بضرورة توافر المصلحة ، كمبرر لعزل القاضى في الفقه الاسلامى ، سواء كانت هذه المصلحة ظاهرة لنا ، أو خافية علينا ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين قائلا : هب أنه قد تعذر علينا ادراك تلك المصلحة ، التى كان يبتغيها عمر بن الخطاب حينما عزل شرحبيل ، فمن منا مثل عمر الذى اقترن العدل باسمه ، خاصة وأن القاضى ولى القضاء لمصلحة المسلمين ، والامام تولى أمور المسلمين ليحقق لهم هذه المصلحة ، بجلب المنافع ودرء المفاسد ، وليس من

(١٣) مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء دكتوراه لعبد الرحمن

القاسم ص ١٥٧ •

(١٤) معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ •

— اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٣٤ •

— تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧٨ •

— روضة الطالبين — ص ١٢٦ •

(١٥) أدب القضاء للزحيلي ص ٩٤ •

المصلحة عزل القاضي اذا لم تتغير حاله ، أو لم تكن هناك مصلحة تتحقق من ذلك (١٦) .

وأيد ذلك أستاذنا الدكتور / حامد أبو طالب في عزل عمر لأبى مريم قائلاً : ان هذا العزل كان لمصلحة رآها سيحنا عمر وهى اللين فيه ، حتى أنه لم يعد يخشاه الفاجر ، فعزله عمر ، وولى شخصاً يخشاه الفاجر ، ولاشك أن فى ذلك مصلحة للمسلمين (١٧) .

ثانياً : الشكوى من القاضي كمبرر لعزله فى الفقه الإسلامى :

من المبررات الداعية الى عزل القاضي فى الفقه الإسلامى ، تعدد الشكوى وتظاهرها ضد القاضي ، ولكن الشكوى لا تعتبر مبرراً لعزل القاضي ، اذا كان القضاء متعيناً (١٨) فى حق القاضي المشكو فى حقه ، فإذا كان القضاء متعيناً فى حق القاضي ، لا يجوز عزله بسبب الشكوى حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ويحدث الخلل .

وقبل أن نذكر الأخطاء على عزل القاضي بالشكوى ، نبين تقسيم الفقهاء للقاضي المشكو فى حقه ، فقد قسموه الى قسمين :

(أ) قاض مشهور بالعدالة ، وهذا الصنف من القضاة لا يعزل بمجرد الشكوى منه ، ولا يكشف عنه (١٩) .

(١٦) استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والإسلامى.

— رسالة دكتوراه للدكتور يس عيسى يوسف — مقدمة لكلية حقوق عين شمس ١٩٨٤ م ص ٣٧٧ .

(١٧) التنظيم القضائى — د . حامد أبو طالب ص ٩٣ .

(١٨) مغنى المحتاج — ج ٤ ص ٣٨١ .

(١٩) تبصرة الحكام — ج ١ ص ٧٧ .

(ب) قاض غير مشهور بالعدالة ، وهذا القاضى يجب الكشف عنه عند الشكوى منه .

وهذه الأحكام هى ما أشارت اليها نصوص الفقهاء فى مذاهبتهم المختلفة كما يلى :

فى الفقه المالكى :

جاء فى الزرقانى « ولا ينبغى عزله بمجرد الشكوى منه ، ان شهر بالعدالة ، وان لم يشتهر بالعدالة ، فلا ينبغى عزله بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه » .

وقال الامام مطرف يعزل ، وقيل ان لم يجد بدلا منه كشف عنه ، فان كان على ما يجب ابقاه ، وان كان على غير ذلك عزله » (٢٠) .

وجاء فى التبصرة « ويجب على الامام أن يسأل عن القضاة ، فاذا ظهرت الشكوى بهم ولم تعرف أحوالهم ، سأل عنهم ، فان كانوا على طريق الاستقامة أبقاهم ، وان كانوا على ما ذكر عزلهم ، واختلف فى عزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى ، قال مطرف : ليس عليه عزل من عرف بالعدالة والرضا ، اذا اشتكى به وان وجد منه عوضا ، فان فى ذلك فسادا للناس على قضائهم ، وقال أصبغ : أحب الى أن يعزله وان كان مشهورا بالعدالة والرضا ، اذا وجد منه بدلا ، لأن فى ذلك صلاحا للناس ، وأما ان كان الشكوى غير مشهور بالعدالة فليعزله اذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكوى ، فان لم يجد منه بدلا ، كشف عن حاله ، فان ظهر صدق الشكوى عزله الامام ، وان قال المذنبين بمعهم للسؤال عنه ، ما نعلم الا خيرا أبقاه » (٢١) .

(٢٠) شرح الزرقانى على مختصر خليل - ج ٧ ص ١٣٠ .

(٢١) تبصرة الحكام ج ٦ ص ٧٧ ، ٧٨ .

وجاء في الخرشى « ولا ينبغي عزله بمجرد شكية واحدة ، بل حتى
تكثر فيه الشكاوى وتتصاغر حينئذ يعزله ، وإذا عزله فإنه يوقفه للناس .
ليرفع من أمره ويخفف (٢٢) ، وإن لم يشتهر بالعدالة لا ينبغي عزله
بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه » (٢٣) •

في الفقه الشافعى :

جاء في نهاية المحتاج « وللامام عزل قاض ظهر منه خلل لا يقتضى
انزاله ، كثرة الشكاوى منه ، أو ظن أنه ضعيف ، أو زالت هيئته في
القلوب ، وذلك لما فيه من الاحتياط » (٤٠) •

وجاء في المعنى « إذا كثرت الشكاوى منه وجب عزله بشرط ألا
يكون متعينا للقضاء فإن كان متعينا لم يجز عزله ، ولو عزله
لم ينزل » (٢٥) •

في الفقه الحنفى :

جاء في معين الحكام « فإن كان المشكو في حقه غير مشهور بالعدالة
فليعزله ، إذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكيات ، فإن لم يجد منه
بدلا ، كشف عن حاله فإن صدق ما قيل فيه من الشكيات ، عزله ، ونظر .

- (٢٢) وفي هذا المعنى جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل .
ج ٧ ص ١٣١ ، ما نصه « وإن عزله عن سخط فليظهره للناس لئلا يولى
عليهم بعد إذ ، فإنه لا يولى ولو صار أعدى زمانه ، وإن كان على غير سخط .
براه كما حدث في قصة عزل عمر لشرحبيل » •
(٢٣) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٤٧ •
- السوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ١٢٢ •
(٢٤) نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٤٤٥ •
(٢٥) معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٦٨ •

في أفضيته ، فما وافق الحق أمضاه ، وما خالفه فسخه ، وإن لم يعلم فيه إلا الخير أبقاءه . أما من اشتهر بالعدالة فهل يعزل بظاهر الشكوى أم لا ؟ قال البعض : لا يعزل من عرف بالعدالة والرضا ، لأن في عزله فساد للناس على قضاتهم » (٢٦) .

مما سبق عرضه من نصوص يتضح لنا أن تعدد الشكوى من القاضي تعدد مبررا لعزل القاضي في الفقه الاسلامي ، اذا كانت الشكوى ضد من لم يشتهر بالعدالة أما اذا كان القاضي مشهورا بالعدالة ، فلا تعدد الشكوى . مبررا لعزل القاضي ، حتى لا تكون الشكوى وسيلة لدم الصالحين لهذه الولاية ، ومع ذلك فان الشكوى ينبغي أن تكون وسيلة ، وسببا في البحث ، والتحري ، فاذا ما ثبت مضمونها وجب الأخذ بها (٢٧)

الفرع الثاني : عدم كفاءة القاضي كمبرر لعزله في القانون

عدم كفاءة القاضي في عمله ، من المبررات التي تؤدي الى عزله في القانون الوضعي وهذا ما أشارت اليه المادة ١١٢ من قانون السلطة القضائية ونصها « يعرض وزير العدل على المجلس (٢٨) المشار اليه في المادة ٩٨ أمر الرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة ومن في درجتهم من رجال النيابة العامة الذين حصلوا أو يحصلون على تقريرين متوالين بدرجة أقل من المتوسط ، ويقوم المجلس بفحص حالتهم ، فاذا تبين صحة التقارير أو صيرورتها نهائية بالتطبيق لنص المادتين ٧٩ ، ٨١ قرر إحالتهم الى المعاش أو نقلهم الى وظيفة أخرى غير قضائية » .

(٢٦) معين الحكام ص ٣٣ .

(٢٧) مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء - دكتوراه عبد الرحمن

القاسم ص ١٤٠ .

(٢٨) مجلس التأديب الخاص بتأديب القضاة وعزلهم .

يفهم من هذا النص أن قضاة المحاكم الابتدائية ورؤسائها الذين يتقل كفاءتهم ويحصلون على تقارير — تقريرين متوالين — بدرجة أقل من المتوسط ، يحق لمجلس التأديب — في حالة صحة هذه التقارير — عزلهم من ولاية القضاء ، والسبب في ذلك ، أن قضاة المحاكم الابتدائية في القانون يخضعون في الترقية لنظام التقارير التي تعدها إدارة التفتيش القضائي بوزارة العدل ، أما مستشارو محكمة النقض ، ومحكم الاستئناف ، فيتم ترقيتهم الى المناصب الأعلى بدون تقارير ، وإنما على أساس أهليتهم في العمل القضائي مع مراعاة نظام الأقدمية (٢٩) .

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن عدم كفاءة القاضي الابتدائي ، أحد مبررات عزله في القانون ، سواء تم العزل بالاقالة الى المعاش ، أو بالتحويل الى وظيفة أخرى غير قضائية .

والهدف من ذلك ، هو حث القاضي على عدم التراخي في عمله ، وحمله على بذل كل جهده ، للوصول الى مركز أحسن (٣٠) ، وأن نظام الترقية في سلم القضاء هو الوسيلة الأكثر ضمانا للتأكد من صلاحية شخص معين لتولي منصب قضائي أكثر تقدما ، وبالتالي أكثر مسئولية (٣١) .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

من خلال عرضنا لآراء الفقهاء في الفقه الاسلامي فيما يتعلق بجواز عزل الامام للقاضي للمصلحة وعزله للشكوى ، يتضح لنا أن مسلك المشرع الوضعي فيما يتعلق بجواز عزل القاضي لعدم كفاءته في القانون

(٢٩) قانون المرافعات د. محمد عبد الخالق عمر. ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٣٤) مطبعة النهضة ١٩٧٨ — القانون القضائي د. نجيب — السابق ص ٢٧١

(٣٠) القانون القضائي — د. نجيب — السابق ص ٢٧١ .

(٣١) الوسيط في قانون القضاء المدني — د. فتحي والي ص ٢٠٠

يتشابه الى حد كثير مع ما قرره الفقهاء ، من حق ولى الأمر في عزل القاضى للمصلحة ، وذلك لأن عزل القاضى للمصلحة ، يحمل في طياته عدم كفاءته ، وأن العزل لعدم الكفاءة ، يعد عزلا للمصلحة ، لأنه لو كان القاضى كفئا لما كانت هناك مصلحة في عزله ، وما تظاهرت عليه الشكوى ، الا أن المشرع الوضعى يعاب عليه ، أنه قد جعل حق العزل لعدم الكفاءة مقصورا على فئة معينة من القضاة ، وهم قضاة المحاكم الابتدائية ورؤساؤها فقط .

أما في الفقه الاسلامى فان الامام له الحق في عزل القاضى للمصلحة . أيا انت مكانته ، طالبت فترة ولايته للقضاء أو قصرت ، وهذا ان دل على شئ فانما يدل على أن الفقهاء كانوا أكثر وأشد حرصا على نزاهة القاضى وعدالته ، من المشرع الوضعى ، لأن عدم الكفاءة كما تحقق بالقاضى الابتدائى ، فقد تحقق بالمستشار بالاستئناف والنقض — أيضا — ، ومع ذلك لا يجيز المشرع عزلهم لعدم الكفاءة .

ومن هنا تبدو قيمة الفقه الاسلامى وحرص فقهاء على اختيار أفضل العناصر ذات الصلاحية الكاملة لولاية هذا العمل الجليل .

المطلب الرابع

استقالة القاضى بارادته في الفقه الاسلامى

والقانون الوضعى

الفرع الأول : في الفقه الاسلامى

إذا تنحى القاضى برغبته واختياره عن ولاية القضاء ، فهل يمكن من ذلك أم لا ؟

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تنحي القاضي بآرائه واختياره
— وهو ما يعرف بنظام الاستقالة من ولاية القضاء — الى رأيين :

الرأى الأول لجمهور الفقهاء (١) ويقولون : ان القاضي له الحق في تقديم استقالته من ولاية القضاء ، وهذه الاستقالة تعد مبرراً كافياً لعزله من منصبه ، بشرط ألا يكون متعينا للقضاء ، فان كان متعينا عليه ، حرم عزله •

الرأى الثانى : أن القاضي لا يجوز له عزل نفسه ولا تنحيته بآرائه (٢) •

أدلة الفريقين ونصوصهم الفقهية :

(١) استدل انصار الرأى الأول بأن القاضي يجوز له عزل نفسه باختياره :

بأن المسلمين قالوا للخليفة الثالث عثمان بن عفان : اعزل نفسك ، فقال : لا أفعل ، فلو لم يملك هذا الحق لما امتنع عن تنفيذه (٣) ، وأن

(١) اعانة الطالبين — ج ٤ ص ٢٢٢ ، الفروع للمقدسى ج ٦/٢٣٨

— عيون الأذهار ص ٤٧١ ، أدب للقضاء لابن أبى المص ٩٤ •

— حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ ، لسان الحكام ص ٢٢٤ •

— معين الحكام ص ٣٢ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ •

— منتهى الإرادات ص ٥٧٦ ج ٢ ، روضة القضاء ص ١٤٩ •

— فتح العين ص ١٣٩ ، الاقناع للشريينى ج ٢ ص ٣٠٠ •

— نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٥ •

(٢) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ ، معين الحكام ص ٣٣

— لسان الحكام ص ٢٢٤ •

(٣) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ •

ولاية القضاء كالوكالة ، فهو عقد جائز من الطرفين ومن ثم فله أن يعزل نفسه متى شاء (٤) •

وهذا يدل على أن القاضي له أن يتنحى عن هذه الولاية برغبته ، وقييد بعض الفقهاء ممارسة هذا الحق بعدم تعيين القضاء على القاضي ، والا حرم (٥) •

وأضاف بعض أنصار هذا الرأي الى أدلتهم : أن أمر القضاء شديد ، ولا يقدر على القيام بحقه الا من وفقه الله — تعالى — ، ومن ثم فان القاضي له الحق في عزل نفسه قبل الشروع في القضاء وبعده ، لأنه من العقود الجائزة من الطوشين (٦) •

وقد أورد أنصار هذا الرأي العديد من النصوص التي تشيد بجواز عزل القاضي لنفسه منها :

في الفقه الشافعي :

جاء في اعانة الطالبين « له عزل نفسه ما لم يتعين ، فان تعين لم ينزل » (٧) •

- وجاء في أدب القضاء « ولو عزل نفسه اختيارا انعزل » (٨) •
- وجاء في فتح المعين : « وله عزل نفسه كالوكيل » (٩) •

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم للزحيلي ص ٩٢ •

(٥) اعانة الطالبين للسيد البكري ج ٤ ص ٢٢٣ •

(٦) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ •

(٧) « اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٢ •

(٨) أدب القضاء للزحيلي ص ٩٥ •

(٩) فتح المعين ص ١٣٩ •

— ومثال ذلك في نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٥ ، الاقناع ج ٢ ص ٣٠٠ •

في الفقه الزيدي :

جاء في عيون الأثرار « وله عزل نفسه في وجه من ولده » (١٠) •

في الفقه المالكي :

جاء في حاشية الخرشى « للقاضي عزل نفسه اختيارا قبل الشروع في القضاء وبعده ، لأن أمر القضاء شديد ولا يقدر عليه إلا من وقفه الله — تعالى — ، وهو من العقود الجائزة من الطرفين » (١١) •

وفي التبصرة « وأما عزل نفسه اختيارا لا لمعز ولا لعذر ، فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك قياسا على الوكيل ، لكن ينبغي أن يلتفت في عزل نفسه ، هل تعلق لأحد حق بقضائه ، حتى يكون انعزاله ضررا لمن التزم القضاء بينه وبين خصمه فيمنع من ذلك » (١٢) •

في الفقه الحنفي :

جاء في معين الحكام « وأما عزل نفسه اختيارا لا عجزا ، فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك » (١٣) •

وجاء في لسان الحكام « القاضي إذا قلّ عزلت نفسه وسمع بالسلطان ينعزل كما في الوكيل ، أما بحون سماع السلطان فلا » (١٤) •

وجاء في الروضة « وتبطل ولايته إذا عزل نفسه هو عن القضاء » (١٥)

-
- (١٠) عيون الأثرار ص ٤٧١
 - (١١) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧
 - (١٢) التبصرة ج ١ ص ٧٨
 - (١٣) معين الحكام ص ٣٣
 - (١٤) لسان الحكام ص ٢٢٤
 - (١٥) روضة القضاء للسمناني ص ١٤٩

في الفقه الحنبلي :

جاء في منتهى الإرادات « ومن عزل نفسه انعزل » (١٦) •

هذه النصوص الفقهية تدل على أن القاضي له الحق في تقديم استقالته بإرادته ، على الرغم من تقييد بعض الفقهاء لهذا العزل ، بعدم تعيين القضاء على القاضي كشرط لعزله ، وعلم السلطان بهذا العزل عند البعض الآخر ، احتجاجاً بأنه موكل الى عمل يحرم عليه اضعافه ، وعلى الامام أن يعفيه اذا وجد غيره فيتم عزله باستعفاؤه واعفائه ولا يتم بأحدهما (١٧) •

(ب) آلة الرأي الثاني ونصوصه :

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلين بأن القاضي ليس من حقه تقديم استقالته بإرادته بقولهم : ان القاضي نائب عن العامة ، وحق العامة متعلق بقضاؤه ، فلا يملك عزل نفسه (١٨) •

كما استدلوأ — أيضا — بأن الرسول لا يجوز له عزل نفسه عن الرسالة ، فكذلك القاضي لأنه يفضى الى تأخير استيفاء الحقوق ، وإلى إسقاط الحدود ، لأن الحد عند أبي حنيفة لا يجب في دار خلت من أمامه ، ولأن أبا بكر لو ملك عزل نفسه لما سأل المسلمين عن ذلك (١٩) •

من النصوص الفقهية المؤيدة لهذا الرأي :

جاء في معين الحكام « لا ينعزل بعزل نفسه ، لأنه نائب عن الأمة

(١٦) منتهى الإرادات ج ٢ ص ٥٧٦ •

(١٧) تاريخ القضاء عرنوس ص ١٧٠

(١٨) لسان الحكام ص ٢٢٤ •

(١٩) كتاب الفروع لابن مفلح ج ٦ ص ٤٣٩ •

وحق العامة متعلق بقضائه ، فلا يملك عزل نفسه «(٢٠)» •

الراى الراجح :

وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء ، فيما يتعلق بأحقية القاضى لتقديم استقالته بأرادته فى الفقه الاسلامى وعدمه ، يتضح لنا وجاهة الراى الأول بأن استقالة القاضى بأرادته تعد مبررا لعزله ، إلا أن استعمال هذا الحق يجب ألا يكون مطلقا ، وإنما يجب أن يكون محاطا ببعض الضمانات التى تهدف الى تحقيق مصلحة المسلمين •

من هذه الضمانات ما يلى :

(أ) يجب أن يكون هناك من يصلح للقضاء غيره ، حتى تكون الاستقالة مقبولة وتبرر تنحيه عن ولاية القضاء ، حتى لا تتعطل الأحكام ، لأن مصلحة المسلمين مقدمة على مصلحة القاضى •

(ب) ألا يتعلق بقضائه حق للغير ، منعا لضياع الحقوق على بعض المتخاصمين •

(ج) أن يتم قبول الاستقالة من الامام أو من ينيبه الامام فى ذلك •

فاذا ما تحققت هذه الضمانات ، كانت استقالة القاضى بأرادته مبررا لعزله ، وإذا انتفت فلا يقبل من القاضى عزل لنفسه ، لأن المصلحة العامة للمسلمين مقدمة على مصلحة القاضى الخاصة •

• (٢٠) معين الحكام ص ٣٣ •

— لسان الحكام ص ٢٢٤ •

— مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء ص: ١٤٥ •

الفرع الثاني : استقالة القاضي في القانون كبرر لعزله

يرتبط مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل ، بجواز استقالته في أي وقت ، وقد تضمنت المادة ٢/٧٠ سلطة قضائية النص على أن استقالة القاضي بإرادته ، تعد من مبررات عزله ، ونصها « وتعتبر استقالة القاضي مقبولة ، من تاريخ تقديمها لوزير العدل ، إذا كانت غير مقترنة بقتيد أو معلقة على شرط » •

يفهم من النص المذكور أن القاضي من حقه أن يقدم استقالته باختياره ، في أي وقت يراه مناسباً بالنسبة له ، وتعتبر هذه الاستقالة من تاريخ تقديمها لوزير العدل مقبولة طالما كانت غير مقيدة بقتيد ولا مقترنة بشرط (٢١) •

أما إذا كانت مقيدة بقتيد أو معلقة على شرط ، فلا تعتبر مقبولة من تاريخ تقديمها ، وإنما يرجع في ذلك إلى الأصل العام المقرر في نظام موظفي الدولة (٢٢) •

كما تضمنت المادة ٢/٧٧ سلطة قضائية — أيضا — أن القاضي يعتبر مستقلاً إذا انقطع عن عمله ثلاثين يوماً بدون إذن ، ولم يتقدم بعذر مقبول ، ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة إجازته أو إعارته أو ندبه لغير عمله (٢٣) •

(٢١) قانون المرافعات د • محمد عبد الخالق ص ٢٣٠ •

(٢٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بتعديل أحكام قانون السلطة القضائية المرفق بتشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعي ص ١٨٢ •

(٢٣) محمد عبد الخالق — السابق ص ٢٣٦ •

فاذا تقدم القاضى بعذر مقبول يبرر هذا الغياب فلا يعد القاضى مستقيلا ، هذا فيما يتعلق باستقالة القاضى الاختيارية ، أو استقالته بارادته فى القانون •

أما ما يعرف بنظام الإحالة الى المعاش عند بلوغ السن القانونية ، فذلك يعتبر استقالة اجبارية للقاضى ، بمعنى أنه كل من يصل الى الحد المقرر ، يعزل من وظيفته القضائية ، وقد أشارت المادة ٦٩ سلطة قضائية الى سن الاحالة للمعاش ونصها « استثناء من أحكام قوانين المعاشات لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية ، ومع ذلك اذا كان بلوغ القاضى سن التقاعد فى الفترة من أول أكتوبر الى أول يوليو ، فانه يبقى فى الخدمة حتى هذا التاريخ دون أن تحتسب هذه المدة فى تقدير المعاش أو المكافأة »

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه والقانون الوضعى

مما سبق عرضه من آراء لفقهاء الشريعة الاسلامية ، ونصوص قانونية فيما يتعلق بجواز استقالة القاضى بارادته يتضح لنا : أن مبدأ جواز استقالة القاضى بارادته من المبادئ التى طبقت فى النظامين الوضعى والاسلامى • وان كان هناك بعض الخلاف فى القواعد التى تحكم هذه الاستقالة منها ما هو وارد فى الفقه الاسلامى كضرورة علم السلطان بالاستقالة وقبولها ، وعدم تعيين القضاء على القاضى كشرط لقبول الاستقالة ، ومنها ما هو وارد فى القانون الوضعى كضرورة أن تكون غير مقيدة ، ولا معلقة على شرط كشرط لقبولها يوم تقديمها •

غاية ما فى الأمر أن المبدأ فى النظامين قد طبق ، وتعتبر الاستقالة مبررا لعزل القاضى فى الفقه والقانون ، أما الخلاف فى القواعد التنظيمية فله ما يبرره ، وهو أن كل نظام له أن يضع القواعد التى يراها مناسبة لتحقيق الأهداف التى يبغيها هذا النظام والتى تتلاءم مع أفراد أمته •

والخلاف الذي نراه حقيقيا بين الفقه والقانون هو التحديد الوارد في القانون الوضعي لسبب الاحالة للمعاش وتحديد بسنتين عاما ميلادية، هذا التحديد لم تعرفه الأنظمة القضائية في الفقه الإسلامي ، وذلك لأن أهلية القاضي في الفقه ليس لها حد أقصى ، وإنما كان هناك معيار شرعي تمثل في الصلاحية الكاملة لهذه الولاية ، فما دام القاضي متمتعا بالصلاحية الكاملة لهذا العمل ، فلا يجوز عزله لكبر سنه .

ومن ثم فإن كبر السن لا يعتبر من مبررات عزل القاضي في الفقه الإسلامي ، ولا يعد ذلك قصورا في أحكام الفقه الإسلامي وقواعده ، ولأن العبرة في ممارسة هذه الولاية بالأهلية والصلاحية ، ومن ناحية الأهلية أو الصلاحية فقد أولاها الفقهاء عناية فائقة بحيث لا يستطيع باحث من الباحثين أن يثبت أن أي نظام قضائي حديث أو قديم، قد فاق عناية الفقهاء بشخص القاضي وأهليته ، فإن دل هذا على شيء ، فإنما يدل على مدى صلاحية الفقه الإسلامي وأحكامه لكل عصر من العصور، وإن الشريعة الإسلامية سريعة متطورة ذات صلاحية كاملة في الماضي والحاضر والمستقبل .

نتائج البحث

النتيجة الأولى : إخلال القاضي بواجبات وظيفته كمبرر لعزله في القانون ، يتفق الى حد كبير مع اعتبار الفسق كمبرر لعزل القاضي في الفقه الإسلامي .

النتيجة الثانية : عدم كفاءة القاضي كمبرر لعزله في القانون ، يتفق مع حق الإمام في عزل القاضي للمصلحة والشكوى منه في الفقه الإسلامي .

النتيجة الثالثة : المرض أو العجز كمبرر لعزل القاضي في القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي — من حيث البعد — منع

تمييز أحكام الفقه الاسلامي عن القانون الوضعي فيما يتعلق بهذه النتيجة ، لأن المرض أو العجز مبرر لعزل القاضي في الفقه بلا قيد ولا شرط ، أما في القانون فهو مبرر ان أدى المرض أو العجز بالقاضي الى الاخلال بالقيام بآدائه الواجب على الوجه اللائق .

النتيجة الرابعة : اتفاق القانون مع الفقه الاسلامي في جواز تنحي القاضي بارادته من ولاية القضاة مطلقا في القانون ، وبشرط عدم تعيين القضاء على القاضي عند بعض الفقهاء ، وقبول الامام للاستقالة عند البعض .

النتيجة الخامسة : استقلال القانون في القول بعزل القاضي عند بلوغه سن الستين ، وعدم الاشارة لذلك في الفقه ، لأن ضابط الصلاحية في الفقه مقرون بكمال الأهلية ، دون التقيد بسن معينة .

النتيجة السادسة : صلاحية أحكام الفقه الاسلامي للتطبيق في كل زمان ومكان .

مراجع البحث

أولاً :

١ - القرآن الكريم .

ثانياً : كتب الفقه :

(أ) في الفقه المالكي :

٢ - تبصرة الحكام لابن فرحون في أصول الإقضية ومناهج الأحكام .-

طبعة الحلبي الأخيرة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م .

٣ - شرح الزرقاني على مختصر خليل - مطبعة محمد افندي بمصر .

٤ - فتح الرحيم على فقه الامام مالك بالأدلة للشقنقيطي - طبعة أولى .

١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م دار الطباعة المحمدية .

٥ - الفواكه الدواني للنفراوى - الطبعة الثالثة - الحلبي ١٣٧٤هـ .

- ١٩٥٥م .

٦ - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي - طبع المكتبة التجارية .

٧ - الشرح الصغير للودير - طبع مطابع الشركة المصرية للطباعة .

والنشر ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م .

٨ - حاشية الخرشى على مختصر خليل - المطبعة العامرة الشرفية .

سنة ١٣١٧هـ .

٩ - الدسوقي على الشرح الكبير - المطبعة الخيرية ١٣٢٤هـ .

(ب) الفقه الشافعي :

١٠ - نهاية المحتاج للرملي - طبعة الحلبي .

١١ - روضة الطالبين وعدة المفتين للنووي ، تحقيق زهير الشاويش -
مطبوعات المكتب التجاري الاسلامي - بيروت - طبعة ثانية
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

١٢ - الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب - مطبعة دار احياء
الكتب العربية .

١٣ - الأحكام السلطانية للماوردي ، الحلبي - الثالثة - ١٣٩٣هـ .
١٤ - فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب للأنصاري - طبعة عيسى الحلبي .
١٥ - فتح المعين بشرح قرّة العين للمليباري - دار احياء الكتب العربية .
١٦ - أدب القضاء لابن أبي الدم - تحقيق محيي هلال السرحان - مطبعة
الارشاد / بغداد ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، طبعة أخرى تحقيق محمد
مصطفى الزحيلي - دار الفكر - دمشق طبعة ثانية ١٤٠٢هـ -
١٩٨٢م .

١٧ - مفتي المحتاج للخطيب - طبعة الحلبي - ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م .
١٨ - اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للسيد البكري - طبعة
عيسى الحلبي .

١٩ - حاشية البيهقي على المنهج للأنصاري - طبعة أخيرة ١٣٦٩هـ -
١٩٥٠م الحلبي .

ج) الفقه الحنفي :

٢٠ - معين الحكام للطرابلسي - طبعة ثانية - الحلبي - ١٣٩٣هـ -
١٩٧٣م

٢١ - لسان الحكام لابن الشحنة - طبعة ثانية - الحلبي - ١٣٩٣هـ -
١٩٧٣م .

- ٢٢ - جاشية ابن هابدين - طبعة ثانية - ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م - الحلبي .
 ٢٣ - درر الحكام في غرر الأحكام لمنلاخسرو - مطبعة أجند كامل -
 دار السعادة ١٣٢٩ هـ .

- ٢٤ - شرح فتح القدير على الهداية للمروغيناني - طبعة الحلبي .
 ٢٥ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - الطبعة الأولى -
 المطبعة العلمية .

- ٢٦ - بدائع الصنائع للكاساني - طبعة ثانية - دار الكتب العلمية -
 بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

- ٢٧ - الاختيار لتعليل المختار للموصلي - طبع الهيئة العامة لشئون
 المطابع الأميرية - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

- ٢٨ - روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني - تقديم صلاح الناهي -
 طبع دار الفرقان ، عمان - الثانية - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(د) اللغة الحبلى :

- ٢٩ - المغنى لابن قدامة - تحقيق سالم محيسن وشعبان محبب -
 اسماعيل - طبع الكليات الأزهرية .

- ٣٠ - منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار -

تحقيق عبد الغنى عبد الخالق - طبع عالم الكتب .

- ٣١ - القواعد للمحافظ بن رجب - دار المعرفة - بيروت .

- ٣٢ - الاختيارات الفقهية لابن تيمية - إشراف عبد الرحمن حسن
 محمود - نشر المؤسسة السعيدية بالرياض :

- ٣٣ - كشاف القناع عن متني الإقناع للبهوتي - تعليق هلال مصيلحي
 مصطفى ملال - مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٣٤ - الفروع لأبن مفلح - مراجعة عبد الستار قسراج - طبعة عالم.

الكتب - بيروت - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(هـ) في الفقه النكاهي :

٣٥ - المحلى لأبن حزم - طبعة دار الفكر بيروت - تحقيق أحمد محمد .

شاكز - منشورات الكتب التجارية - بيروت .

(و) في فقه الشيعة :

أولاً : الفقه الإباضي :

٣٦ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأبن أطفيش - مكتبة الإرشاد .

السعودية - ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

ثانياً : في الفقه الإمامي :

٣٧ - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للمحلى - طبعة دار

الأضواء - طبعة ثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

ثالثاً : في الفقه الزيدي :

٣٨ - عيون الأذهار في فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى -

تعليق الشيخ صادق مرسى - طبعة دار الكتاب اللبناني -

١٩٧٥ - الطبعة الأولى .

رابعاً : المراجع اللغوية :

٣٩ - القاموس المحيط للفيروزآبادي الحلبي .

٤٠ - لسان العرب لأبن منظور - طبعة دار المعارف .

٤١ - تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي - المطبعة الخيرية -

١٣٠٦ هـ .

٤٣ - التعريفات للجرجاني - مكتبة لبنان - ساحة رياض الصلح -

بيروت ١٩٨٥ م •

٤٣ - المصباح المنير للفيومي - المكتبة العلمية - بيروت •

وأما : المراجع القانونية :

٤٦ - القانون القضائي الخاص - د/ ابراهيم نجيب - دار المعارف •

٤٧ - الوسيط في قانون القضاء المدني - د/ فتحي والي - طبعة ثانية

- ١٩٨١ م •

٤٨ - قانون القضاء المدني - د/ محمود هاشم - دار الفكر العربي •

٤٩ - الوسيط في شرح قانون المرافعات - د/ أحمد السيد صاوي

دار النهضة ١٩٨٧ م •

٥٠ - الوجيز في قانون القضاء المدني - د/ محمد نور شحاته -

بدون مطبعة •

٥١ - استقلال القضاء - د/ محمد نور شحاته - دار النهضة •

٥٢ - حرية الدفاع - المستشار طه أبو الخير - طبعة أولى ١٩٧١ -

منشأة المعارف •

٥٣ - الوجيز في المرافعات المصرية د/ عبد الفتاح السيد - طبعة

النهضة الثانية ١٩٥٧ م •

٥٤ - الوجيز في قانون المرافعات د/ رمزي سيف - مطبعة النهضة -

١٩٥٧ م •

٥٥ - أصول المرافعات - د/ نبيل اسماعيل عمر - نشر منشأة المعارف •

٥٦ - المرافعات المدنية والتجارية د/ عبد الحميد أبو حيف - مطبعة

الاعتماد - ١٣٤٠ هـ ١٩٢١ م •

- ٥٧ - قانون المرافعات د/ محمد عبد الخالق عمر - دار النهضة ١٩٧٨م
 ٥٨ - قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .
 ٥٩ - تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - تعليق
 المستشار / يحيى الرفاعي .

خامسا : مراجع فقهية حديثة :

- ٦٠ - أهلية القاضى ونزاعته فى الشريعة الاسلامية د/ عبد الرحمن
 عبد القادر - مكتوبة على الآلة النسخة لطلبة الدراسات العليا -
 حقوق أسبوط .
 ٦١ - التنظيم القضائى فى الفقه الاسلامى / محمد مصطفى الزحبي -
 دار الفكر - دمشق ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م .
 ٦٢ - نظام القضاء فى الاسلام د/ ابراهيم عبد الحميد - مذكرات على
 الآلة النسخة .
 ٦٣ - التنظيم القضائى الاسلامى د/ حامد أبو طالب - طبعة أولى -
 ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م مطبعة السعادة .
 ٦٤ - تاريخ القضاء فى الاسلام / محمود عرنوس - نشر مكتبة
 الكليات الأزهرية .

سادسا : وسائل علمية :

- ٦٥ - رسالة دكتوراه « مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء »
 د/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم - مقدمة لكلية حقوق
 القاهرة ١٩٧٣م .
 ٦٦ - « استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والاسلامى »
 رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق عين شمس من يس عمر
 يوسف - ١٩٨٤م .

شهادة النساء مراتبها ونصابها

دراسة فقهية مقارنة

مكتوز / الليثي حمدي خليل الليثي

مدرس بقسم الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون بأسسوط

تقديم :

الحمد لله الذي أمرنا بشادة الحق ، وقول الصدق « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » (١) « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى » (٢) ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، ومن تبعهم باحسان وتوفيق الى يوم المشهد العظيم — وبعد : —

فنظرا لأهمية الشهادة ، وصعوبة الاستغناء عن شهادة المرأة — اذ في هجرها ضياع لكثير من الحقوق — بل تحتّم ضرورات الحياة اعتبارها والعمل بها ، وفي ذلك نفع غميم ، فقد استخرت الله تعالى ، واستعنت به ، في لقاء الضوء على هذا الموضوع ، وتناولته في الفقرات التالية :

معنى الشهادة وأهميتها — شهادة النساء أصل — مراتب شهادة المرأة — نصاب هذه الشهادة — شهادة النساء ويمين المدعى .

(١) النساء : ١٣٥ .

(٢) المائدة : ٨ .

أولاً - معنى الشهادة :

هي في اللغة (٣) : أصلها الحضور ، من قولهم شهد المكان أى حضره ، والمشاهدة : المعاينة مع الحضور ، فهي خبر قاطع بما حضر وعائين .

وقيل : هي مأخوذة من العلم ، لقوله تعالى (شهد الله أنه لا اله الا هو) (٤) بمعنى علم وبين ، كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم القاضى .

وتسمى الشهادة : بيينة ، لأنها تبين ما التمس ، وتكشف الحق فيما اختلف فيه .

وفى الاصطلاح :

هي اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء (٥) ولها تعريفات أخرى كثيرة ، لا تفرج عن كونها : اخبار عما علم بلفظ الشهادة .

(٣) لسان العرب لابن منظور ، ط دار المعارف ، مادة : شهد .

القاموس المحيط للفيروز آبادى ، ط الحلبي ، ط ثانية ١٩٥٢م ٣١٦/١ ،

النظم المستعذب فى شرح غريب المتهذب لابن بطيالى الركبى ٣٢٤/٣ ،

ط دار المعرفة - ط ثانية ١٩٥٩م .

(٤) آل عمران : ١٨ .

(٥) فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٦٤/٧ ط دار الفكر - بيروت

- لبنسان ، اللباب فى شرح الكتاب : عبد الفتى القنىمى ١٠٦/٣ .

ط المعاهد الأزهرية .

مشروعيتها :

الشهادة مشروعة والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

١ - فمن الكتاب : آيات كثيرة منها :

(أ) قوله تعالى « وأشهدوا إذا تباعتم » (٦) •

(ب) وقوله سبحانه « وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (٧) •

(ج) قوله عز وجل « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٨) •

وجه الدلالة من النصوص الكريمة واتضح ، للامر بها ، والأمر يقتضى طلب الفعل ، والمحق تعالى لا يطلب منا الا ما هو مشروع لنا •

٢ - ومن السنة : نقتطف الآتى :

(أ) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبی صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد •
فودع (٩) •

(ب) روى مسلم في صحيحه عن زيد بن خالد الجهنى أن النبی صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ هو الذى يأتى

(٦) البقرة : ٢٨٢ •

(٧) الطلاق : ٢ •

(٨) البقرة : ٢٨٢ •

(٩) سبل السلام : للصنعاني ١٣٠/٤ ط الحلبي ، ط رابعة ١٩٦٠م

بالشهادة قبل أن يسألها » وفي رواية لأحمد « الذين يبدؤون بشهادتهم من غير أن يسألوا عنها و (١٠) •

(ج) عن الأعمش بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومة في بئر ، فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « شاهدك أي يمينه » (١١) •

من جملة هذه الأحاديث — وغيرها كثير — تظهر مشروعية الشهادة ، اذ بينت مكانتها ، وكذلك توقف الحكم عليها •

٣ — وجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا دون نكير من أحد (١٢) •

٤ — والمعقول يشهد لها ، لأن الحاجة داعية اليها ، للحصول المتجاذب بين الناس ، فوجب الرجوع لها ، خوف فوات الحق وضياع العدل واستحكام الظلم ، قال شريح : القضاء جمر ففنه عك بعوجين — يعنى الشاهدين — وانما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فالفرد الشفاء على الداء (١٣) •

(١٠) المصدر السابق ١٢٦/٤ ، نيل الأوطار : للشوكاني ٢٩٦/٨
الناسخ : مكتبة الدعوة الاسلامية — شباب الأثر •

(١١) المرجع السابق ٣٠٢/٨ •

(١٢) المغنى لابن قدامة ٤/١٢ ط دار الفكر — لبنان — ط اول عن
وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ١٩٨٤م ، الشرح الكبير :
الشمس الدين بن قدامة ٣/١٢ مطبوع أسفل المغنى السابق ، مغنى
المحتاج : الشرييني الخطيب ٤/٤٢٦ ط الحلبي ١٩٥٨م •

(١٣) المغنى والشرح الكبير ٤/١٢ •

أهمية الشهادة وخطورتها :

من وجه المبحول السابق تظهر لنا أهمية الشهادة ومكانتها ، لذلك دعا الله تعالى لتحملها وأدائها « ولا يأبى الشهادة إذا ما دعوا » (١٤) ، بل حكم بالاثم على كتمانها « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فإنه آثم قلبه » (١٥) . وخص القلب بالاثم ، لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات • ٥

لذا : نهى الحق تعالى عن إيقاع الضرر بالشهود « ولا يضار كاتب ولا شهيد » (١٦) ، بل أمر النبي صلى الله عليه وسلم باكرام الشهود - اظهارا لمكانة الشهادة ، وكونها من أعلى وسائل الإثبات (١٧) وبها يستخرج الحق ويدفع الظلم - فقال « أكرموا الشهود ، فإن الله يستخرج بهم الحقوق ، ويدفع بهم الظلم » (١٨) ، والمراد بهم شهود الصق •

أما شهادة المكذب فهي من أكبر الكبائر ، وشهود الزور جزاؤهم النار - إذ بأقوالهم يختل ميزان العدل ، وينتشر الظلم ، وتضيع الطمأنينة من القلوب - روى البخارى ومسلم فى حديث أبى بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ، قلنا بلى يا رسول الله ، قال : الإلشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان منكنا

• (١٤) البقرة : ٢٨٢

• (١٥) البقرة : ٢٨٣

• (١٦) البقرة : ٢٨٢

(١٧) ولا يتقدمها فى ذلك سوى الاقرار ، باعتباره سيد الأدلة -

(١٨) المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة عن

الأسنة : للسخاوى ص ٧٨ ط الخانجى بمصر •

عجلس وقال : ألا وقول الزور ، وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى
عزلنا : ليته سكت » (١٩) •

وروى ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال « لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » (٢٠) •

ثانياً - شهادة النساء أصل لا بدل :

شهادة المرأة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعتول ، ولم
يخالف أحد من الفقهاء في مشروعيتها جملة •

لكن هل شهادتها أصل ، أم بدلية حالة عدم حضور الرجال ؟

القول للفقهاء (٢١) :

١ - ذهب بعض العلماء : الى أنها بدلية حقيقة ، لا تقبل الا عند
عدم رجال يشهدون ، لظاهر قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين ، فرجل
وامرأتان » (٢٢) فالآية ظاهرة أنه لا تقبل شهادتين الا حالة عدم
ذكور يشهدون •

ولأن الأصل فيها عدم القبول لفقضان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية ، فكانت شهادتهما بدلية ليست أصلية •

(١٩) نيل الأوطار ٢٩٩/٨ •

(٢٠) المصدر انساب نفس الصفحة •

(٢١) الهداية للميرغيناني ، فتح القدير ، العناية على الهداية
للإبائري ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية
لابن قيم الجوزية ص ١٦٠ ، ١٧١ ط المدني للطباعة والنشر ، الجامع
لاحكام القرآن الكريم للقرطبي ٣/٣٩١ ط دار الفكر - بيروت - لبنان •
(٢٢) البقرة : ٢٨٢ •

٢ - وذهب عدد من الفقهاء : الى أن فيها شبهة البدلية ، لقوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ، فظاهر الآية أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون ، لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع ، نزلت الى شبهة البدلية ، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة •

٣ - وذهب فريق ثالث : الى أن شهادة النساء أصل (٢٣) ، بدليل جوازها مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، ولأن الأصل فيها القبول لاستوائها مع الرجل في حصول ما تقوم به الشهادة ، وهو المشاهدة والأداء •

ولعموم قوله تعالى « وأشهدوا اذا تباعتم » وقوله « ولا ياب الشهاد اذا مادعوا » وقوله « ولا تكتموا الشهادة » وقوله سبحانه « وأقيموا الشهادة لله » فعموم هذه النصوص تشملها ، وهن ضمن من أمر بعدم الامتناع حين الدعوة للشهادة ، وبعدن تكتماها ، وكيف يطالبن بإقامة الشهادة لله ، وتكون شهادتهن ليست أصلا •

قال البابرتي : عن شهادة النساء : فانها جائزة ، مع امكان العمل بشهادة الرجلين •

ورد الكمال بن الهمام على من جعل شهادة النساء بدلية ، ولا تصح الا عند عدم رجال يشهدون ، فقال : لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع •

الراجح :

ونميل لهذا القول الأخير باعتبار شهادة النساء أصلا — نعم

(٢٣) في الأمور التي تقبل فيها ، سواء مع رجل أو بدونه ، حسب أقوال الفقهاء في ذلك •

شهادة الرجل أقوى الطرق وأولاه ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكم ، ومكانهن البيت ، ويقل ضبطهن ، لذا قدم الحق تعالى الرجال « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » لتوافر الرجال في كل مكان ، غالبا ، وعدم المخرج لهم ، وآخر النساء « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » لما ذكرنا ، وليس لكون شهادتهن بدلية — وتصح مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، واستظهر ذلك كثير من العلماء :

قال ابن القيم : بعد أن أورد قول الله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٢٤) — فان قيل : فظاهر القرآن يدل على أن الشاهد والمرأتين بدل عن الشاهدين ، وأنه لا يقضى بهما الا عند عدم الشاهدين .

قيل : القرآن لا يدل على ذلك ، فان هذا أمر لأصحاب الحقوق بما يحفظون به حقوقهم ، فهو سبحانه أرشدهم الى أقوى الطرق ، فان لم يقدروا على أقواها انتقلوا الى ما دونها ، فان شهادة الرجل الواحد أقوى من شهادة المرأتين ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكم ، وحفظهن وضبطهن دون حفظ الرجال وضبطهم ، ولم يقل سبحانه : أحكموا بشهادة رجلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان — ثم أضاف — فالرجل والمرأتان أصل لا بدل .

وقال القرطبي : المعنى ان لم يأت الطالب برجلين ، فليأت برجل وامرأتين ، وهذا قول الجمهور وقال قوم : بل المعنى فان لم يكن رجلا ، أى لم يوجد فلا يجوز استشهد المرأتين الا مع عدم الرجال ، قال ابن عطية : وهذا ضعيف ، فلفظ الآية لا يعطيه ، بل الظاهر منه قول الجمهور ، أى ان لم يكن المستشهد رجلين ، أى ان

فجعل ذلك صلاح الحق ، أو قصده اعذر ما ، فلو استشهد رجلا
أو امرأتين ، فجعل تعالى شهادة المرأتين مع الرجل جائزة مع وجود
الرجلين .

لذا : فاذلولى القول بأن شهادة النساء أصل — وليست بدلا —
وتصح شهادة المرأتين مع الرجل ، مع توافر الرجال ، والله أعلم
بالصواب .

الثالث — مراتب شهادة النساء (٢٥) :

المرتبة : هي الدرجة أو المكان الذى يشغله الانسان ، أو العمل
الذى يؤدیه ، حسب كفاءته ، وقدرته على القيام به .

ومرتبة أى شىء لا تخرج عن كونها : عليا ، أو مرتبة دنيا ،
ووسط بينهما .

وشهادة النساء على هذه المراتب الثلاث ، ويبرأها كالاتى :

١ — الأولى : العليا :

وهى قبول شهادة النساء منفردات — دون جنس الرجال
معهن — وذلك فى الأمور الخاصة بهن كالولادة والاستهلال

(٢٥). الهداية وشروحها ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ : بداية المجتهد : لابن
رشد الحفيد ٤٣٨/٢ توزيع دار الفكر — القاهرة ، مئذى المحتاج ٤٤٢/٤
المهذب للشيرازى ٣٣٣/٢ ط دار المعرفة — لبنان ١٩٥٩ م ، كشف
القناع عن متن الاقتناع للبهوتى ٤٣٦/٦ ط عالم الكتب — لبنان ، المئذى
والشرح الكبير ١٦/١٢ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩ ط دار التراث القاهرة
الطرق الحكيمة ص ١٦٣ ، الأزهار : المئذى المرتضى ص ٤٣٧ ط دار الكتاب
للبنانى ، شرائع الاسلام للمحقق المحلى ٢٣٧/٢ منشورات دار مكتبة
الحياة .

يعيوب النساء تحت الثياب ، وكل ما لا يطلع عليه الرجال ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٢٦) ، قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة .

وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قبل شهادة امرأة واحدة في الرضاع ، إذ روى أحمد والبخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، فقال : فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض ، عنى ، قال : فتتحيث فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاء عنها ، وفي رواية « دعها عنك » (٢٧) .

وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع للرجال النظر اليه » (٢٨) .

وصح عن شريح : أنه أجاز شهادة أربع نسوة منفردات على رجل في صلاح امرأة .

وأجاز سيدنا عمر شهادة أربع نسوة في الطلاق وقضى بها ، ووصح عن إياس بن معاوية : قبول امرأتين في الطلاق ، وفي رواية عن سيدنا علي : أن امرأة وطئت صبياً ، فشهد عليها أربع نسوة ، فأجازا

(٢٦) وفي رواية عن سيدنا علي بن أبي طالب قال : لا تجوز شهادة النساء بحتاً حتى يكون معهن رجل ، وصح ذلك عن عطاء بن أبي رباح وعمر بن عبد العزيز ، ونسب ذلك ابن حزم الى زفر من الحنفية ، حيث جاء في المحلى : فقال زفر صاحب أبي حنيفة : لا يجوز قبول النساء المنفردات دون رجل في شيء أصلاً ، لا في ولادة ولا في رضاع ولا يعيوب النساء ، ولا في غير ذلك ، وأجاز من مع رجل في الطلاق والنكاح والمتق (الطرق الحكمية ص ١٦٣ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩) .

(٢٧) نيل الأوطار ٣١٩/٦ .

(٢٨) نصب الراية في تخریج أحاديث الهداية للزمامي ٨٠/٤ .

شهادتهن ، وفي رواية عن عطاء أنه قال : لو شهد عندى ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجمتها ، وصح ذلك عن ابن حزم (٢٩) •

٢ — الثانية — الوسطى :

وهي قبول شهادة النساء مع الرجال ، وذلك في الحقوق المالية ، وكل ما يقصد به المال ، كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان ، وكل ما شابه ذلك (٣٠) ، على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد ، لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٣١) ، فنص على ذلك في السلم وقسنا عليه المال ، وكل ما يقصد به المال ، حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين معه (٣٢) ، باتفاق الفقهاء ، يقول ابن رشد : واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين •

وبعد أن أورد ابن قدامة صحة شهادة رجل وامرأتين في الأموال ، قال : وأجمع أهل العلم على القول به •

(٢٩) الطرق الحكمية ص ١٦٢ ، ١٦٤ المحل ٣٩٦/٩ : ٤٠٥ •

(٣٠) وأطلق ذلك طائوس في كل شيء ، عدا الزنى ، حيث قال . تجوز شهادة النساء في كل شيء مع الرجال الا الزنى . من أجل أنه لا ينبغي أن ينظرن الى ذلك (المرجعين السابقين ص ١٦٣ ، ٣٩٧/٩) •
(٣١) البقرة : ٢٨٢ •

(٣٢) وأجاز الظاهرية صحة الاكتفاء بأربع نسوة منفردات دون رجل ، قال ابن حزم في المحل ٣٩٦/٩ : ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والنساء وما فيه . القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال الا رجلان مسلمان عدلان ، أو رجل وامرأتان كذلك ، أو أربع نسوة كذلك •

وقال ابن المنذر : وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة من الرجال في الدين والأموال (★) .

٣ - الثالثة - الحنيا :

وهي عدم قبول شهادتين مطلقا ، لا منفردات ، ولا مع رجل ، وذلك في الحدود والقصاص (٣٣) ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٣٤) ،

(★) الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر ، تحقيق وتعليق : عبد الله عمر البارودي ص ٦٦ ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع - لبنان - ط أولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(٣٣) وأضاف بعض الفقهاء - منهم النخعي وربيعة والشافعي وابن حنبل وأهل المدينة والزهري وسعيد بن المسيب وقتادة والليث ابن سعد والحسن البصري - مع الحدود والقصاص : النكاح والطلاق كذلك ، مع اختلاف بينهم ، وأضاف الامام مالك وآخرون ، لكل ماسبق : الرجعة والعق والنسب والولاء والاحسان ، حيث لا تقبل في كل ذلك شهادة النساء منفردات ، ولا مع رجل . (الطرق الحكمية ص ١٦٢ : ١٦٥ المحل ٣٩٥/٩ : ٤٠٥ ، المغني والشرح الكبير ٨/١٢ ، بداية المجتهد ٣٤٨/٢ ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص ٤٦٩ ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط أولى ١٩٨٧ م) .

(٣٤) وحكى عن عطاء وحامد أنهما قالا : تجوز في حد الزنى شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، وفي بقية الحدود والقصاص قالا : يقبل رجل وامرأتان فقط ، لأنه نقص واحد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان ، قياسا على الشهادة في الأموال .

وأجاز الظاهرية : شهادة النساء منفردات في كل شيء - على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد - حتى الزنى ، أجازوا فيه شهادة ثمان نسوة منفردات ، يقول ابن حزم : ولا يجوز أن يقبل في الزنى أقل من أربعة رجال عدول مسلمين ، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين واربعة نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط . وهي رواية أخرى عن عطاء حيث قال : لو شهد عندي ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجعتها (المغني والشرح الكبير ٦/١٢ ، ٧ ، المحل ٣٦٥/٩ ، الطرق الحكمية ص ١٦٤) .

يل حكى ابن المنذر الاجماع على ذلك في الحدود ، فقال : وأجمعوا على أن شهادتهم لا تقبل في الحدود (٢٨٢) *

واستدل الجمهور : على عدم قبول شهادتهم هنا لا منفردات ولا مع رجل ، بأن هذا مما يحتاج لحركه واسقاطه ، ولهذا يندري بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته ، وفي شهادة النساء شبهة بتظليل قوله تعالى « أن تضل أحداهما فتذكر أحداهما الأخرى » (٣٥) ، ولأن شهادة امرأتين مكان شهادة رجل واحد « فان لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان » (٣٦) *

وكذلك لنقصان عقل المرأة ، واختلال ضبطها وقصور ولايتها ، لذا لا تصلح للامارة ، ولا تقبل شهادتهم وان كثرن — عند الجمهور — مالم يكن معهن رجل في الأموال ، فوجب أن لا تقبل شهادتهم هنا *

ولا يصح قياس هذا على الأموال ، لأن شهادتهم قبلت في الأموال ، ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها ، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالحدود والقصاص *

(*) الاجماع لابن المنذر — المصدر السابق — ص ٦٦ *

(٣٥) البقرة : ٢٨٢ *

(٣٦) البقرة : ٢٨٢ ، وهذه الآية تومي الى الترتيب وليس مطلق التخيير ، وهي على سياق قوله تعالى « فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام » ، المائدة : ٨٩ ، قال الكمال بن الهمام : الآية ظاهرة في أنه لا تقبل شهادتين الا عند عدم رجال يشهدون ، وقد روى عن بعض العلماء ذلك ، فاعتبر حقيقة البدلية ، لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع. نزلت الى شبهة البدلية ، والشبهة كالحقيقة فيما يندري بالشبهات « نتج القدير ٣٧/٧ » *

والإمّا - نصاب (٣٧) شهادة النساء (٢٨)

ذكرنا مراتب شهادة المرأة الثلاث ، وحيث قبلت شهادة النساء منفردات ، فقد اختلف الفقهاء في نصاب هذه الميينة لأقوال أربعة :

المقول الأول :

نصاب شهادة النساء منفردات أربع ، ولا يقبل أقل من أربع نسوة ، وهو قول الشافعية والظاهرية (٣٩) وأبى ثور وقتادة وعطاء ، ورواية عن الشعبي والنخعي وابن شبرمة •

وخطيبهم :

أن أقل الشهادات رجلان ، وشهادة امرأتين بشهادة رجل واحد ، بدليل قوله تعالى « فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٤٠) •

فأقام المراتين مقام الرجل الواحد ، وقال صلى الله عليه وسلم

(٣٧) النصاب : في اللغة : الأصل (القاموس المحيط ١/١٣٨) •

ويطلق ويراد به قدر ثابت محدد اذا وصله الشيء ترتب عليه حكمه •

والمراد في - مطلق - الشهادة : عدد معين اذا وصل الشهود له

صارت شهادتهم كاملة ، وهو يختلف باختلاف أنواع الشهادة •

والمراد به هنا : عدد النساء المطلوب لتكون شهادتهن كاملة •

(٣٨) الهداية وشروحها : ٣٧٢/٧ ، الكافي في فقه أهل المدينة

ص ٤٦٩ ، بداية المجتهد ٣٤٨/٢ ، المهذب ٣٣٥/٢ ، المنهاج والشرح الكبير

١٧/١٢ ، ١٨ ، الطرق الحكمية ص ١٦٥ : ١٦٧ ، المحلى ٣٩٩/٩ : ٤٠٥

الآزهار ص ٤٣٧ ، فتح الباري لابن حجر ٢٦٦/٥ ط دار الفكر - لبنان •

(٣٩) واستثنى من ذلك الظاهرية - وعلى رأسهم داود الظاهري -

الرضاع ، حيث أجازوا فيه شهادة امرأة واحدة (المحلى ٣٩٩/٩ ، الطرف

الحكمية ص ١٦٥) •

(٤٠) البقرة : ٢٨٢ •

« شهادة امرأتين منكن بشهادة رجل » (*) فكل امرأتين مقابل رجل واحد ، فتححتاج البينة الى أربع نسوة حتى تتكامل •

القول الثانى :

ذهب اليه عثمان البتى : لا يقبل فيما يقبل فيه النساء منفردات الا ثلاث نسوة ، لا أقل من ذلك •

ودليله :

أن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة — رجل وامرأتان — فيشترط أن يكون عددهن ثلاثة كذلك ، كما لو كان معهن رجل •

القول الثالث :

تقبل امرأتان فى كل ما يقبل فيه النساء منفردات ، وهو قول المالكية والحنابلة وابن أبى ليلى وأبى عبيد ، ورواية عن الحنابلة وابن شبرمة والنورى •

ودليلهم :

أن كل جنس يثبت به الحق ، كفى فيه اثنان كالرجال ، لا أقل من ذلك ، لأن الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم الا اثنان ، فالنساء أولى بذلك ، فلا يقل عددهن عن اثنتين •

ولأن المعتبر فى الشهادة امرأتان : العدد ، والذكورة ، وقد سقط اعتبار الذكورة ، فبقى العدد •

(*) سنن الترمذى ١٠/٥ ط الحلبي ، وبلغز قريش ، بنفس المعنى : صحيح مسلم بشرح النووى ١١٩/١ ، ابن ماجه : فى كتاب الفتن ، باب فتنة النساء •

القول الرابع :

ذهب إليه الحنفية - والراجح عند الحنابلة - وطاوس وحماد والميث بن سعد ، ورواية عن سفيان الثوري والشعبي وعطاء ، وكثير من الفقهاء :

وهو أنه تقبل في شهادة النساء منفردات ، شهادة امرأة واحدة فقط (٤١) •

ودليلهم : من السنة والمعقول :

فمن السنة :

(أ) أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة امرأة واحدة في الرضاع وقضى بها ، وذلك فيما رواه أحمد والبخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاه عنها « وفي رواية « دعها عنك » (٤٢)

(٤١) قال طاوس : تجوز شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، وإن

كانت سوداء •

وقال حماد بن أبي سليمان : تقبل في الاستهلال المرأة الواحدة ،

وإن كانت يهودية •

وروى أن سيدنا علي : أجاز شهادة القابلة وحدها ، وروى ذلك عن

أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الاستهلال ، وإن عمر ورث بذلك ،

وهو قول الزهري والنخعي - في أحد قولي - وهو قول الحسن البصري

وشريح وأبي الزناد ويحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة •

وصح عن معاوية : أنه قضى في دار بشهادة أم سلمة أم المؤمنين

رضي الله عنها ، ولم يشهد بذلك غيرها (المغني والشرح الكبير ١٧/١٢ ،

المجلد ٩/٣٩٩ ، ٤٠٠ ، الطرق الحكيمة ص ١٦٦) •

(ب) وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيمنه
لا يستطيع الرجال النظر اليه » (٤٣) •

وجه الدلالة : أن أنجمع المحلى بالآلف واللام — إذا لم يكن
ثمة معهود — يراد به الجنس ، فيتناول الأقل ، فيصدق على المرأة
الواحدة ، فتكفى شهادتها هنا •

ومن المعقول :

فقد سقطت هنا الذكورة بالاتفاق ليخف النظر ، لأن نظر الجنس
الى جنسه أخف ، فكذا يسقط اعتبار العدد لعللة التخفيف •

الراجع :

ونميل لقول أئجهور الأخير ، وهو قبول شهادة المرأة الواحدة ،
في الأمور التي تقبل فيها شهادة النساء منفردات ، لثبوت ذلك عن
النبي صلى الله عليه وسلم وحكمه بها ، وثبت ذلك عن الخلفاء
الراشدين والصحابه الأجلاء ، وكثير من فقهاء الأمصار (٤٤) ، مما
يجعل لهذا القول وزنا ، يضاف لذلك ، قوة ما استدلووا به •

وإذا كانت شهادة النساء منفردات أجهزت للضرورة ، فمن
الضرورة كذلك أن تصح بواحدة فقط ، ربما لا يتوافر غيرها •

ولأن ما قبل فيه قول النساء على انفراد ، لم يشترط فيه العدد
كالرواية (٤٥) ، والله تعالى أعلم بالصواب •

(٤٢) نيل الأوطار ٣١٩/٦ •

(٤٣) نصب الراية ٨٠/٤ •

(٤٤) راجع هامش ٤١ •

(٤٥) الترق الحكمة ص ٩٢ •

خامسة — شهادة النساء ويمين المدعى :

فكرنا في المرتبة الثانية لشهادة النساء أنها في الأموال تصح مع الرجال — رجل وامرأتان — وإذا عدم الرجل ، فهل تصح شهادة امرأتين ويمين المدعى ؟ *

نبين ذلك فيما يلي (٤٦) :

أولا :

الحنفية وآخرون : لا يجيزون الشاهد واليمين مطلقا ، فيشترط عندهم اكتمال نصاب الشهادة كاملا ، أو يمين المدعى عليه لا غير ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجالا فمن رجل وامرأتان » (٤٧) فمن قال بشهادة رجل ويمين المدعى ، أو امرأتين ويمين المدعى فقد زاد في النص ، والزيادة نسخ ، فلا تصح *

ولقوله صلى الله عليه وسلم « البيينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٤٨) فحصر اليمين في جانب المدعى عليه ، كما حصر البيينة في جانب المدعى لا غير *

لذا : فالأمر عندهم في الأموال رجل وامرأتان ، وفي شهادة النساء منفردات تكفى واحدة دون يمين *

ثانيا :

ذهب جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم : الى صحة الحكم بشاهد

(٤٦) الباب فى شرح الكتاب ٨٣/٣ ، المغنى والشرح الكبير

١٠/١٢ : ١٢ ، الطرق الحكمية ص ١٧٠ : ١٧٢ *

(٤٧) البقرة : ٢٨٢

(٤٨) نيل الاوطار ٣٠٥/٨

واحد ويمين المدعى ويثبت المال بذلك ، اذ روى أن النبي صلى الله عليه وسلم
 « قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق » (٤٩) وتواتر
 ذلك بين الفقهاء ، لا ينكره أحد ، ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر
 صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقسوة جذبته
 بها ، وفي حق الذكر لقوة جنبته — اذ الأصل براءة ذمته — والمدعى
 هنا قد ظهر صدقه — بالشاهد — فوجب أن تشرع اليمين في حقه خوفاً
 من حقوته .

والله تعالى جعل شهادة امرأتين مكان رجل ، فكذلك اليمين .
 وبناءً على قول الجمهور بصحة الشاهد واليمين ، هل تصح شهادة
 امرأتين ويمين المدعى ؟ قولان للفقهاء :
 أحدهما :

يصح قبول شهادة امرأتين ويمين المدعى ، يقول ابن القيم :
 وظاهر القرآن والسنة يدل على صحة هذا القول ، فإن الله سبحانه
 أقام امرأتين مقام الرجل ، والنبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث
 الصحيح « أليست شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ؟ قلن بلى » (٥٠)
 فهذا يدل بمنطوقه على أن شهادتها وحدها على النصف ، وبمفهومه
 على أن شهادتها مع مثلها كشهادة الرجل ، وليس في القرآن ولا في
 السنة ولا في الاجماع ما يمنع من ذلك ، بل القياس الصحيح يقتضيه ،
 فإن امرأتين اذا قامتا مقام الرجل — اذا كانتا معه — قامتا مقامه وان
 لم تكونا معه ، فان قبول شهادتهما لم يكن لمعنى للرجل ، بل لمعنى
 فيهما ، وهو العدالة ، وهذا موجود فيما اذا انفردتا ، وإنما يخشى من
 سوء ضبط المرأة وحدها وجفظها ، فبقويت بامرأة أخرى .
 لذا : تجوز شهادة امرأتين ويمين المدعى .

(٤٩) المصدر السابق ٢٨٢/٨ .

(٥٠) صحيح البخاري بفتح الباري ٢٦٦/٥ .

بثانیهما :

لا تجوز شهادة المرأتين واليمين ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٥١) ، فلو حكم بامرأتين ويمين ، لكان هذا قسما ثالثا ؟

وأیضا : لأن شهادة المرأتين ضعيفة ، فقويت بالرجل ، واليمين ضعیفة ، فینضم ضعف إلى ضعف فلا يقبل .
والراجع :

هو القول الأول — اذا ثبت القول بالشاهد واليمين — لأن شهادة اثنتين شهادة معتبرة ، فاذا انضم لذلك اليمين حكم بها كالرجل ، اذ المرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة ، لكن لحرف السهو والنسيان قويت بمثلها ، وهذا يجعلها مثل الرجل الواحد ، ان لم تكن أقوى منه ، والله أعلم .

ثالثا :

في شهادة النساء منفردات ، تصح ويثبت بها الحق دون شرط يمين ، ولو كانت امرأة واحدة — كما رجحنا — ولم يثبت عن أحد من الفقهاء القول باليمين في شهادة النساء منفردات في أمورهن .
والفرق بين هذا ، وبين ما سبق حيث اعتبرت اليمين هناك :
أن المذهب هنا : هو الاخبار عن الأمور الغائبة التي لا يطلع عليها الرجال ، فاكتمت بشهادة النساء فقط .

وهناك : الشهادة على أمور ظاهرة يطلع عليها الرجال في الغالب : فاذا انفرد بها الشاهد الواحد احتجج الى تقويته باليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

دكتور : الليثي حمدي خليل الليثي

اهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم وعلومه :

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - تفسير الفخر الرازي : المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب .
للامام محمد الرازي ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع -
لبنان - ط الثالثة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٣ - الجامع لاحكام القرآن الكريم : للمقرطبي ، ط دار الفكر - بيروت -
لبنان .

ثانيا : الحديث :

- ٤ - سبل السلام : للصنعاني ، شرح بلوغ المرام : لابن حجر
« الكتابين معا » ط الحلبي ط رابعة ١٩٦٠ م .
- ٥ - سنن ابن ماجة : ط دار احياء التراث العربى ١٣٩٥ هـ .
- ٦ - سنن الترمذى : ط الحلبي .
- ٧ - صحيح مسلم بشرح النووي « الكتابين معا » ط الريان .
- ٨ - فتح البارى « لابن حجر » شرح صحيح البخارى « الكتابين معا »
ط دار الفكر - لبنان .
- ٩ - المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على
اللسنة : للسخاوى ، ط الخانجي بمصر .
- ١٠ - نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية : للزيلعى ، ط المامون
بشبرا .
- ١١ - نيل الأوطار : للشوكانى ، شرح منتقى الأخبار لمجد الدين
بن تيمية « الكتابين معا » ط مكتبة الدعوة الاسلامة
شباب الأزهر .

ثالثا : كتب اللغة :

- ١٢ - القاموس المحيط : للفيروز أبادى ، ط الحلبي ، ط ثانية ١٩٥٢م
 ١٣ - لسان العرب : لابن منظور ، ط دار المعارف .
 ١٤ - النظم المستعجب فى شرح غريب المهذب : لابن بطال الركبى ،
 ط دار المعرفة ، لبنان ط ثانية ١٩٥٩م .

رابعا : كتب الفقه :

(١) الفقه الحنفى :

- ١٥ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للكاسانى ، ط دار الكتاب
 العربى بيروت ط ثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٧٢م .
 ١٦ - حاشية سعد جلبي - مطبوعة مع فتح القدير والعناية والهداية .
 ١٧ - العناية على الهداية : لليابرتى - ط دار الفكر - بيروت - لبنان .
 ١٨ - فتح القدير : للكمال بن الهمام - ط دار الفكر - بيروت - لبنان .
 ١٩ - اللباب فى شرح الكتاب : عبد الفنى الغنيحي - الكتاب للقدورى -
 والكتابين معا - ط المعاهد الأزهرية .
 ٢٠ - الهداية شرح بداية المبتدى : ط مع فتح القدير والعناية - ط
 دار الفكر - لبنان .

(ب) الفقه المالكي :

- ٢١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد - توزيع دار الفكر
 القاهرة .
 ٢٢ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية : لابن جزى
 القرناطى ط عالم الفكر ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
 ٢٣ - الكافى فى فقه أهل المدينة : لابن عبد البر - ط دار الكتب
 العلمية - بيروت - ط أولى ١٩٨٧م .

(ج) الفقه الشافعي :

- ٢٤ - الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر - تحقيق وتعليق : عبد الله
عمر البارودي ، ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع - لبنان
- ط اولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

- ٢٥ - متن المنهاج : للنووى - مطبوع مع معنى المحتاج .
٢٦ - معنى المحتاج : الشرييني الخطيب - ط الحلبي ١٩٥٨ م .
٢٧ - المهذب : للشيرازي - ط دار المعرفة - لبنان .

(د) الفقه الحنبلي :

- ٢٨ - الشرح الكبير : شمس الدين بن قدامة - مطبوع أسفل المغنى .
٢٩ - الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن قيم الجوزية -
ط المدني للطباعة والنشر .

- ٣٠ - كشاف القناع : للبهوتى - عن متن الاقناع : للحجاوى -
« الكتابين معا » ط عالم الكتب - بيروت - لبنان .
٣١ - مختصر الخرقى : مطبوع مع المغنى .

- ٣٢ - المغنى : موفق الدين بن قدامة ، ط دار الفكر - لبنان - ط اولى
عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ١٩٨٤ م .
٣٣ - المنقح : لابن قدامة - مطبوع مع الشرح الكبير والمغنى .

(هـ) كتب الفقهية :

- ٣٤ - الحل : لابن حزم الظاهري - ط دار التراث - القاهرة .
(و) كتب الشيعة :

- ٣٥ - الأثرار : المهدي المرتضى - ط دار الكتاب اللبناني .
٣٦ - شرائع الاسلام : للمحقق الحل - منشورات دار مكتبة الحياة .
والله تعالى ولى التوفيق
دكتور/ الليثى هبى خليل الليثى .

مَسْئُولِيَّةُ الْمَالِكِ عَنْ مَضَارِ الْجَوَارِغِ الْمَلُوفَةِ

دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني

دكتور/ أبو الحسن إبراهيم علي

مدرس القانون المدني بالكلية

تمهيد وتقسيم :

مما لا شك فيه أن الشريعة الاسلامية جاءت لصالح الناس ، ولتأخذ بيدهم في هذه الحياة ، ليسعدوا في دنياهم وأخراهم وشرعت ما من شأنه تحقيق مصالحهم والحفاظ عليها .

فالشريعة الاسلامية نظام كامل ، جاءت لتنظيم كافة أنواع السلوك الانساني ، فنظمت علاقة الفرد بالفرد وعلاقة الفرد بالمجتمع وعلاقة الحاكم بأفراد الشعب وعلاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى وعلاقة الكل بالخالق سبحانه وتعالى . نظمت الشريعة الاسلامية كل هذه العلاقات تنظيمًا دقيقًا مثاليًا لم ترق اليه النظم والمبادئ التي وضعها الانسان الى الآن . فبينت كل أنواع الحقوق والواجبات سواء ما كان منها متصلًا بمجال علاقة الأفراد بعضهم ببعض أو كان متصلًا بغير ذلك من العلاقات الأخرى .

والحقوق في الاسلام لا تعتبر الا باعتبار الشارع لها ، فالشريعة أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة فالحق في الفقيه الإسلامي

وليد الشرائع ولم يكن حقاً طبيعياً وإنما هو منحة الهية يعطيها للأفراد وفق ما يقضى به المصالح العام (١) .

ومن هنا فإن الشريعة الإسلامية لا يتصور فيها الحقوق المطلقة بدون قيد حيث أن الأساس فيها التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومنع أى ضرر يصيب الفرد أو المجتمع، وذلك بفرض القيود الكثيرة المتنوعة التى تجعل المالك ينتفع بملكه فى دائرة معينة لا يجوز له أن يتعداها . فالحقوق المطلقة لا يمكن أن تثبت فى شريعة تتبع أحكامها من الشارع الرحيم بالإناس عامة . فلقد أرست الشريعة الإسلامية الغراء الأسس والقواعد التى تحقق مصالح الفرد مراعية أن هذا الفرد يعيش فى جماعة لها عليه حقوق كما أن له عليها واجبات فهو توازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية فلا تنلو فى نظرتها إلى الحقوق كما أنها فى نفس الوقت لا تلغنها ولا تمس جوهرها .

ولهذا نجد الشريعة الإسلامية قد اشترطت فى استعمال الإنسان لحقوقه ألا يضر بمصالح الغير وأن يكون ذلك متفقاً مع مصلحة الجماعة . وبناء على ذلك نستطيع القول بأن الأصل فى الحقوق فى المذهب الإسلامى أنها مقيدة وليست مطلقة ، وأن أساس هذا التقييد يلحق ويرجع إلى النصوص الخاصة بذلك أو القواعد العامة أو مقاصد الشريعة وذلك بعكس القانون الوضعى الذى كان الأصل فيه هو الإطلاق والتقييد هو الاستثناء . فقد كان حق الفرد هو محور

(١) انظر : الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحاق إبراهيم ابن موسى اللخنى الشافعى ج ٢ ص ٣٧٧ مطبعة الشرق الأدنى ، المدخل إلى الفقه الإسلامى ١٠ د/ محمد سلام مذكور ص ٤٢١ ط رابطة ١٩٦٩ م ، استاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان فى الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فى الإسلام ص ١٥ ط ثانية ١٩٧٥ م .

التشريعات الوضعية في بدايتها ، وكان لصاحب الحق أن يستعمله الى
أى مدى يراه دون أن يفترض هذا أية مسؤولية وكان هذا يعرف بالمذهب
الفردى ، ثم ظهر حديثا المذهب الاجتماعى الذى يرى أن القانون هو
الذى ينشئ الحقوق ويمنحها للأفراد فى حدود الصالح العام (٢) .

وبهذا يكون فقهاء القانون قد وصلوا حديثا الى ما أرساه الفقه
الإسلامى منذ قرون عديدة .

حق المالك فى استعماله لملكه مقيد بعدم الإضرار بالغير :

لم يترك صاحب الحق فى الإسلام يتصرف فى حقه تصرفا مطلقا من
غير ضوابط أو حدود تحد من هذا التصرف ، بل هناك قيود وضوابط
تجعل من تصرف صاحب الحق فى النهاية غير مؤد الى الأضرار بغيره ،
فإذا تعدى صاحب الحق هذه القيود كان مسئولا عن هذا التعدى الذى
أدى الى حدوث الأضرار بالغير .

وإذا كان الأصل أن لصاحب الملك أن يتصرف فى ملكه كيف شاء ،
وأن يستعمله بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه فان هذا

(٢) انظر فى التعريف بهذين المذهبين :

- ١ د/ حسين كبره فى المدخل الى القانون ص ١٧١ ط ١٩٧١ م ،
- ١ د/ توفيق حسن فرج الأصول العامة للقانون ص ٤٢ ط ١٩٧٥ م
- ١ د/ عبد المنعم البناوى المدخل للعلوم القانونية ص ٣٢ ، ٣٣ ط
- ١٩٦٦ م ١ د/ عبد الوود يحيى المدخل لدراسة القانون ص ٢٧ ط
- ١٩٨١ م ، ١ د/ أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول
- نظرية القاعدة القانونية ص ٣٣ ط ١٩٧٥ م ، ١ د/ محمود جمال الدين
- زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ص ٢٥ ، استاذنا الدكتور
- عبد الخالق حسن فى المدخل لدراسة القانون ص ٣٦ وما بعدها ط
- ثلاثة ٨٧ - ١٩٨٨ م .

الأصل ترد عليه قيود كثيرة من أهمها عدم الإضرار بالغير ضرراً قاصداً
أو بينياً •

هذا وقد تكلم فقهاء القانون الوضعي عن مسؤولية المالك عن
مضار الجوار غير المألوفة ، أو ما يسمى بالخلو في استعمال حق الملكية
حسب تعبير البعض منهم •

وسنحاول هنا أن نبين أن هذا القيد وجد في الشريعة الإسلامية
قبل ظهوره في القانون الوضعي ، وأن قدامى فقهاء المسلمين قد
لاحظوه في كتاباتهم وفتاواهم ولكنه لم يكن معنونا بهذه العناوين التي
ظهر بها في الكتابات الحديثة لفقهاء القانون الوضعي ، بل كان هذا
القيد يلاحظ في كتبهم وفتاواهم عند بيانهم لأحكام الكثير من الصور
والجزئيات التي تعرضوا لها • بل أننا نستطيع أن نذهب إلى أبعد
من هذا ، ولا نكون مغالين ، عندما نقرر عن يقين وإطمئنان ، أن
الشرع الوضعي في القانون المدني المصري الحالي عندما قرر التزامات
الجوار وجعلها التزامات قانونية ، اهتمت في تقريرها بأحكام الشريعة
الإسلامية ، ففقتها كما هي مقررة في الشريعة الإسلامية ، كما سارت
على نفس المنهج أحكام القضاء في ظل التقنين المدني السابق •

وعلى نهج هذا الشرع القويم سنتناول موضوعنا : « مسؤولية

انناك عن مضار الجوار غير المألوفة » في المباحث الآتية :

المبحث الأول : ماهية الخلو الذي يترتب مسؤولية المالك •

المبحث الثاني : أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير
المألوفة •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على وقوع الخلو •

المبحث الأول

ماهية الغلو الذي يرتب مسؤولية المالك

المطلب الأول :

ماهية الغلو الذي يرتب مسؤولية المالك في الفقه الاسلامي :

— أمر الاسلام بتراعة حقوق الجار وكرامه :

للجار على جاره حقوق كثيرة نص عليها في كثير من الأحاديث النبوية الشريفة ، ومن أهمها عدم الاضرار به في نفسه أو ماله أو عرضه • فوجب مراعاة هذه الحقوق وعدم الإخلال بها وذلك بالعمل على ما يضر بالجار قبل حدوثه وإزالته بعد حدوثه •

هذه الحقوق ربما لا يرضى من هي عليه بالتسليم بها ، فيضطر صاحبها لاقتضاها للجوء للمحاكم • ومن ثم يجد كثير من المشاكل والحوادث والقضايا التي يفصل فيها القضاء ويكون تنفيذها بعد ذلك بقوة القانون ، على أن هذا لا يمنع من بقاء الخصومة والعداء بين المتقاضين •

لكن الله العليم الحكيم والمنشع الوحيد بحق ، الذي يعلم ما طبعته عليه النفس الانسانية من أنانية وآثرة يؤكد حق الجار على جاره الى درجة أنه قرنه بعبادة الله وعدم الشرك به فقال تعالى : « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب » (٣) •

ولذلك تجد الرسول صلى الله عليه وسلم يتناول هذا المعنى
 هيؤكده في أحاديث كثيرة نذكر منها أمره عليه السلام بالكرام الجار
 في قوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » (٤)
 كما نهى عليه السلام عن إيذائه بقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم
 الآخر فلا يؤذ جاره » (٥) •

وقال عليه السلام في حقه : « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه
 أو قال لجاره ما يحب لنفسه » (٦) •

فمتى جاء الفقهاء بعد هذا وبينوا هذه الحقوق التي للجار لايسع
 من يؤمن حقا بالله ورسوله إلا المسارعة بأداء هذه الحقوق مادام الدين
 يبلغ من ذلك إلى حد إكرام الجار لا باعطائه حقوقه فحسب وحينئذ
 ما الحاجة للقضاء والقانون إلا لمعالجة من لم يخالط الإيمان قلوبهم
 وفطرت نفوسهم على الشح ومنع الناس حقوقهم (٧) • ثم أنظر معي
 رعاك الله إلى هذا التأكيد العظيم لحق الجار في قوله عليه الصلاة
 والسلام : « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » (٨)

(٤) رواه البخارى ومسلم : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى
 ومسلم ج ٣ ص ٣٦٥ ط ثانية ١٩٥٤ م •

(٥) انظر المرجع السابق ج ٣ ص ٢٥٩ ، ٢٦٢ •

(٦) رواه مسلم : صحيح مسلم بشرح النووى ج ٢ ص ١٦ ، قال
 النووى : « هكذا هو في مسلم لأخيه أو لجاره على الشك ، وكذا هو في
 مسند عبد بن حميد على الشك وهو في البخارى وغيره لأخيه من غير
 شك » النووى على مسلم ج ٢ ص ١٦ ط أولى ١٣٤٩ هـ - ١٩٢٩ م
 المطبعة المصرية •

(٧) انظر : د/ محمد يوسف موسى فى الأموال ونظرية العقد
 ص ١٣٩ ط أولى ١٩٥٢ م •

(٨) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٠ ص ٤٤١ ط دار
 المعرفة •

مع ملاحظة أن هذه الرعاية لحقوق الجار لا تقتصر على الجار المسلم أو القريب بل أنها تمتد لتشمل كل جار قريبا كان أم بعيدا مسلما أو غير مسلم فإن الجيران أنواع ثلاثة كما أخرج الطبري من حديث جابر: جار له حق واحد وهو المشرک له حق الجوار ، وجار له حقان : وهو الجار المسلم ، له حق الجوار وحق الاسلام ، وجار له ثلاثة حقوق : وهو الجار المسلم الذى بينه وبين جاره رحم ، له حق الاسلام ، والرحم والجوار (٩) •

فانظر مدى ما جعل الاسلام لعلاقة الجوار من واجبات وحقوق، تر أنه لا يمكن لأى نظام آخر غير الشريعة الاسلامية أن يسمو الى هذا المستوى الجليل •

— وجوب انتسامح بين الجيران في الأضرار المألوفة (النادرة أو اليسيرة) :

الأصل أن الانسان له حق استعمال ملكه بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه منه (١٠) ، ومن الطبيعى أن ينجم في بعض

- (٩) سبل السلام الصنعاني للعلامة محمد بن اسماعيل الصنعاني. ج ٤ ص ٦٥ مطبعة مصطفى محمد •
- (١٠) انظر : بئاع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .
- أولى ١٣٢٨ هـ ، المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٢١ ط ١٣٣١ هـ مطبعة السعادة ، فتح القدير للكمال ابن الهمبار ج ٥ ص ٥٠٦ ط المكتبة التجارية ، المسونه الكبرى للإمام مالك بن أنس ج ١٥ ص ١٩٧ ط أولى ١٣٢٣ هـ ، المتقى للباي ج ٦ ص ٤١ ط أولى ١٣٣١ هـ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٠ ط ١٣٠٢ هـ المطبعة البهية ، قبواتين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٢٧٠ ط دار العالم بيروت ، الأم للإمام الشافعي ج ٣ ص ٢٢٢ ط أولى ١٣٢١ هـ بولاق ، المحلى لابن جزم ج ٨ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ط المكتب التجاري بيروت •

الأحوال بل وفي كثير من الأحوال عند استعمال الإنسان للملك استعمالاً عادياً بعض المضايقات أو الأضرار المألوفة التي يكون من العسير على المالك أن يتحرز عنها . وهذا أمر يجب أن يتحمله الجيران فيما بينهم . ولا أضحي استعمال المالك للملك موقوفاً على ضوابط تؤدي في النهاية إلى تعطيل هذا الاستعمال العادي أو إلى إبطال حقه في التصرف .
ففيما يملك (١١) .

فالجيران اذن عليهم أن يتحملوا المضايقات أو الأضرار اليسيرة النادرة ، وهي الأضرار المألوفة التي جرت العادة على التسامح فيها والتي لا يمكن أو يعسر أن يخلو عنها الاستعمال العادي المألوف ، كصوت المذياع العادي ، ودخان الفرن الذي يخبز عليه أهل الدار في القرى في فترات غير متوالية ، وعجين الطين بجوار ملك المالك إذا بقى في الشارع مقدار المرور للناس ، ووضع آلات البناء من حجر وغيره في الشارع زمن العمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها ، ونفض أوعية التراب عند الأبواب ، وربط الدواب في الشارع بقدر حاجة النزول والركوب ، ورش الشوارع رشاً خفيفاً لا يؤدي إلى الأضرار بمن يمر في الطريق وهكذا . فقد اتفق الفقهاء (١٢) على جواز مثل هذه الصورة

(١١) انظر : ١٠ د / محمد رافت عثمان في الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الاسلام ص ١٠٧ مطبعة السعادة .
(١٢) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ ط ١٣٢٣ هـ ، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق للزلي ج ٤ ص ١٩٦ ط ١٣١٥ هـ ، حلي العاصم للتاودي ج ٢ ص ٣٤٣ ط ثانية ١٣٧٠ هـ ، المنتقى للباي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، البهجة شرح النخعة ج ٢ ص ٣٣٥ ط ثانية ١٣٧١ هـ حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد ، فتح المبين بشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي ، ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد .

من الضرر لأنها من الأضرار المألوفة التي جرت العادة على التسامح فيها وبالتالي فلا مسئولية عنها ولأن التوسع الى منع كل ضرر يؤدي الى سد باب انتفاع الانسان بملكه (١٣) • كما أنه لا يمكن منع كل ضرر اذ ما من مصلحة لأحد والا بجوارها ضرر لغيره غالبا وكما يقول الامام الشاطبي : « ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة والمقصود للشارع ما غلب منها ، واذا تعارضتا نظر في التساوي والترجيح » (١٤) •

واذا كان الأمر على نحو ما سبق ، فانه من الناحية المقابلة يجب على المالك أن يتخذ من الاحتياطات ما يكون كفيلا بالألا يجعل تصرفه في ملكه سببا لاهداث مضايقات أو تنغيص مجاوز للحدود التي يمكن أن تحدث في ظل جوار كريم (١٥) •

هذا هو الأصل الذي يجب مراعاته ، الا أنه قد يحدث أن يستعمل الانسان حقه في ملكه استعمالا غير متعارف بين الناس فيؤدي الى الإضرار بالغير ضرا ظاهرا فيكون محل مساءلة • وفي ذلك يقول بعض الفقهاء : « ولا يمنع الشخص من تصرفه في ملكه الا اذا

محمد ، قواعد الاحكام لابن عبد السلام ج ٢ ص ١٢٢ ط ١٣٨٨ هـ دار الفروق للطباعة ، المضي بالشرح الكبير لابن قدامة ج ٥ ص ٥٢ ط ١٣٩٢ هـ ، كشف القناع للبهوتي ج ٢ ص ٢٠٠ ط اولى ١٣١٩ هـ ، ومن مراجع الأصول انظر : الموافقات للامام الشاطبي ج ٢ ص ٢٥٩ دار المعرفة للطباعة بيروت •

(١٣) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠١ ، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠ •

(١٤) الموافقات للامام الشاطبي ج ٢ ص ٢٥ - ٣٢ •

(١٥) انظر : حسين عامر في المسئولية المدنية ص ٢٧٠ ط ثانية

كان الضرر بجارته خيرا بينا — أى ظاهرا — فيمنع من ذلك » (١٦) .

— منع الضرر غير المألوف (الضرر الفاحش) :

بينما فيما سبق أن الأصل أو الأساس هو أن للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ، ولا يمنع الشخص من تصرفه في ملكه ماشاء مالم يضر بغيره ضررا بينا ، أى ضررا غير مألوف لم تجر العادة على التسامح فيه . وقد بين فقهاء الحنفية أن القياس في هذا المجال يقتضى أن المالك حر في ملكه يتصرف فيه كما يريد مهما أضر بجاره وأن كان ليس له فعل ما يضر به حياته لا قضاء (١٧) . وبهذا قال أيضا بعض المالكية والشافعية ودواود الظاهري (١٨) — ولكن القياس بترك في المسائل التي يؤدي استعمال الحق فيها الى إلحاق ضرر فاحش أى ظاهر بالغير .

— المعيار الذى يحدد على أساسه الضرر الفاحش :

يحدد فقهاء الشريعة الاسلامية الضرر الفاحش بأنه ما يكون سببا للوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش (١٩) .

(١٦) الدر المختار ج ٤ ص ٣٧٥ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين.

(١٧) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٦٤ ، المبسوط ج ١ ص ١٠١

(١٨) انظر : المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للنجاشي .

ج ٦ ص ٤١ ، تبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، قوانين الأحكام .

الشريعة ص ٣٧٠ ، الأم ج ٣ ص ٢٢٢ ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤١ ،

٢٤٢ .

(١٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص .

١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، م ٥٩٠ من مرشد

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش الواجب رفعه يتشوع الى أنواع متعددة (٢٠) .

الأول : المانع من السكنى ، الثانى : المتلف للمباني ، الثالث : الإضرار بالبناء ، الرابع : الضرر بالمال ، الخامس : المعرض للنساء للإطلاع عليهن .

وقبل أن نتحدث عن هذه المعايير التى يحدد على أساسها الضرر الفاحش وبالتالي تترتب مسؤولية المالك عن هذا الضرر ، نحب أن ننوّه الى أن الضرر ان كان فاحشا ففيه مذهبان :

المذهب الأول : يرى أصحاب هذا المذهب أن للمالك التصرف في ملكه كيف شاء ، مادام تصرفه في حدود الانتفاع المشروع ، ولو ترتب عليه ضرر بغيره ، لأن الناس مسلطون على أموالهم ولهم الانتفاع بما كيف شاءوا ولا ضمان على المالك في شيء من ذلك لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان . والى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعى وداود الظاهري وبعض المالكية (٢١) .

=

الحيران ، المنتقى للباجي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، البهجة شرح التحفة للنسوى ج ٢ ص ٣٣٦ ، فتح المبين لشرح الأربعمين لابن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد ، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ط ثالثة سنة ١٩٦٢ م مصطفى الحلبي ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٦٤ تحقيق محمد حامد ألفقى ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م . (٢٠) انظر : الشيخ على قراة في دروس في المعاملات الشرعية ص ١٧ وما بعدها مطبعة الفتوح .

(٢١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٥٢ ط أولى سنة ١٣٠٨ هـ ، الفتاوى البزازية ج ٣ ص ٤١٤ ط ثانية سنة ١٣٧ بهامش الفتاوى الهندية (١٩ - شريعة)

المذهب الثاني : ويرى أصحاب هذا المذهب أن كل ضرر فاحش ممنوع ، فالإنسان في استعماله لحقه مقيد بالأل. يؤدي إلى ضرر بغيره أو بعبارة أخرى بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال ضرر فاحش أو يستديم بغيره . فتوزيع الحقوق لا يعني أن كل واحد معزول في تصرفاته عن غيره ، بل يعني أنه مسئول عن حفظ التوازن بين مصلحته، والمصالح الأخرى المتعارضة ، فلا يستعمل حقه بما يلحق ضررا فاحشا بغيره ، ولو كان في استعماله حسن النية (٢٢) وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد ومتأخرو المصنفية وذهب إليه أيضا المالكية في مسائل وقال به أبو حنيفة في علاقات الجوار بالعلو والسفل ، كما قال بذلك أيضا بعض الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة (٢٣) .

هذا ومن الجدير بالذكر أنه وإن كان منع الضرر الفاحش الناتج عن استعمال الحق هو ما ذهب إليه جمهرة الفقهاء ، إلا أن هذا أيضا محل اعتبار عند غيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا إلى حرية استعمال للحق دون قيد .

فتاوى قاضيهان ج ٣ ص ٤٧٣ مطبعة المتوكل سنة ١٢٨٢هـ - فتح المبين لشرح الأربعين ج ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٣٩ ، الأمل ج ٢ ص ٢٢٢ ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٢ ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للباي ج ١ ص ٤١ ، حل المعاجم ج ٢ ص ٣٤٣ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٧ . (٢٢) انظر د. محمّد زكي السيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٨١ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط العدد الرابع سنة ١٩٨٦ م .

(٢٣) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، البهجة شرح التلحة ج ٢ ص ٣٣٥ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، المنتقى ج ٦ ص ٤١ ، ٤٠ ، حاشية ابن قاسم العبادي ج ٢ ص ٢٤١ ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

فقد نص ابن حجر الهيتمي من الشافعية على أن تصرف الإنسان في ملكه بما يضر بجاره كفتح كوة وتعلية بناء مشرف على الجار وغيرهما يبيحه الشافعي أن أضر بالملك ، ويمنعه أن أضر بالملك ، والفرق بينهما أن الأول يحتمل عادة ، ويمكن الاحتراز عنه بجعله سائتر لعماله يمنع من النظر اليهم ، بخلاف الثاني ، ويمنعهما غيره أخذا بمعصوم حديث « لا ضرر ولا ضرار » . ثم ذكر تأييدا لمذهب الشافعي أن الحديث مخصص لاتفاقهم على جواز صور من الضرر كوضع آلات البناء من حجر وطين وغيرهما من آلات البناء في الشارع زمن العمارة وكنفص أوعية تراب أو حص عند الأبواب فانه جائز وإن أضر المارين لأن هذا مما لا غنى عنه مع قلته وبأن ظاهر الحديث امتناع الضرر ولو لمن أضره مع تخصيصه بالمصائل ونحوه ممن يجوز دفعه ولو بقتله (٢٤) . كما جاء في نهاية المحتاج للرملي : « واختار جمع النفع من كل مؤذ لم يعتد » (٢٥) .

فهذه العبارة تفيد منع المالك من الضرر الذي لم يعتد ، أي غير المؤلف لكونه فاحشا (٢٦) .

وابن حزم الأظهري نجده مع أنه من أشد أنصار حرية تصرف الإنسان في ملكه ، إلا أنه يمنع ضرر الجار بالدخان فيقول : « ولا يجوز للأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم » (٢٧) .

(٢٤) فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي ص ٢٣٨، ٢٣٩

(٢٥) نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٣٣٤ ط سنة ١٣٥٧ هـ -

١٩٣٨م مصطفى الحلبي .

(٢٦) د محمد زكي السيد في المبحث السابق ص ٨٤ .

(٢٧) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٢ .

وبعد أن بينا خلاف الفقهاء في الضرر الفاحش نعود إلى المعايير التي ذكرها الفقهاء لتحديد هذا الضرر .
(أ) الضرر المانع من السكنى وأمثله :

يعد من قبيل الضرر الفاحش الواجب رفعه كل ما يمنع الحوائج الأصلية للسكنى . ومن الحوائج الأصلية للسكان أن يكون هواؤه الذي يستنشق هو وأسرته خاليا مما يفسده فسادا فظيلا وخصوصا إذا كان مستمرا وذلك كتراب الليذر (٢٨) وحقان الحمام ، كما أن مما يلزمه أيضا ألا يجلب هواؤه عليه رائحة كريهة لا يطبق المقام معها كالرائحة الآتية من حيدان الأبريسم بعد موثها ومن مذبغة الجلود ومن معصرة الزيتون ، فإذا حصل من الجار شيء مما ذكر كان للجار المتضرر أن يطلب رفعه (٢٩) .

(ب) الضرر باتلاف مبانى الجار :

لا يجوز للجار أن يعمل عملا يضر ببناء جاره ويتلفه فتلو فعمل شيئا من ذلك أمر برفعه .

ويترتب على ذلك أنه إذا أراد المالك أن يحفر بئرا في أرضه أو بالوعة فإن كان يضر حفرها بجدار جاره فإنه يمنع منها ويكون للجار أن يجبره على رفع هذا الضرر بأحكام البناء بالموئن فإن لم يفعل أو لم

(٢٨) البيدر هو الموضع الذي تداس وتدرس فيه الحبوب وتذرى ، وقال له الأندلسي أيضا انظر : مختار الصحاح والمصباح المنير مادة : يذر .
(٢٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، م ١٢٠٠ من مجلة الأحكام العدلية ، حل المعاجم للتاودي ج ٢ ص ٢٤٣ ، البهجة شرح النخبة ج ٢ ص ٣٣٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، المنتقى للبايجي ج ٦ ص ٤٦ ومن الفقه الحديث الشيخ على قراءة السابق ص ١٨

يمكن أمر برفعه • وأما إذا كان لا يضر بالجدار وإنما يضر بيئر جاره
في تقليل مائها أو اعدامه بالكلفة فإنه لا يمنع عانى القول الراجح (٣٠) •

(ج) الضرر بعمل ما يوهن البناء :

الضرر بعمل ما يوهن البناء يجب رفعه كالضرر بعمل ما يتطلب
البناء • وعلى ذلك فإنه يعتبر من الغلو في استعمال الحق أن يصدق
الشخص في ملكه حقاً يؤدي إلى حفر حيطان الجار وهدمها •

وبناء على هذا فقد ذهب الأحناف (٣١) إلى أنه إذا كانت الدار
مجاورة لدور وأراد صاحبها أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم كما يكون
في الدكاكين أو رحي للطن أو مدقة للقمارين لم يجز ويمنع من ذلك
لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه ، لأن المرحى

(٣٠) انظر : البهجة في شرح التلخيص للتبصير ج ٢ ص ٢٢٧ .
تبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٥٨ ، المونة ج ١٥ ص ١٩٦ ، حل المعاجم ج ٢
ص ٣٤٣ والمادة ١٢٩١ من مجلة الأحكام العدلية ، جامع العلوم والحكم
ص ٢٧٠ وانظر في استعمال الحق عموماً : النظرية العامة للموجبات
والعقود لصبحي المحمضاني ص ٢٧ ، ٥٣ ، المسؤولية التقصيرية بين
الشريعة والقانون لمحمد فوزي فياض ص ٢٨٨ وما بعدها رسالة دكتوراه
من شريعة القاهرة سنة ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م على الآلة الضارية ، نظرية
الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية الجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور
وهبة الزحيلي ص ٢٢ - ٢٥ ط أولى سنة ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م دار الفكر ،
النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية للإسلامية للدكتور أحمد
فهمي أبو سنة ص ١٠٠ وما بعدها مطبعة دار التأليف سنة ١٣٨٧ هـ -
١٩٦٧ م الضمان في الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ علي الخفيف ص ٩٢ -
١٠١ ط سنة ١٩٧١ المطبعة الفنية الحديثة •

(٣١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص
١٩٦ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ •

والدق يوهن البناء ويهدم الشيطان وبهذا قال المالكية (٣٢) أيضا
 فيمنع غدهم أن يحدث الجار في عرصته ما يصر بجيرانه من بناء
 حمام أو فرن للخبز أو كبر لعمل الحديد أو رحي للطن ، ومثل هذا
 أيضا عند الحنابلة (٣٣) .

(د) الضرر بعمل ما يتلف المال :

كما أنه يجب منع الضرر عن نفس الجار وعن بذائه يجب منع
 الضرر عن ماله ، فإذا عمل الجار عملا يضر بمال جاره ضررا ينقص
 قيمته كلف برفع هذا الضرر ومثاله ذلك ما لو أحدث رجل دكان طباخ
 في سوق البزازين وكان الدكان يضر بأمته الجار ضررا فاحشا فانه
 يكلف برفع ضرره (٣٤) .

هذا وليس يلزم أن يؤدي الغلو في الاستعمال الى اتلاف شيء
 يملكه الغير حتى يكون مسئولا عن غلوه في استعمال حقه ، بل يجب
 منع المالك من هذه الصورة من الاستعمال مادام قد أدى الى الاضرار
 بالغير حتى ولو لم يؤد الى شيء من الاتلاف (٣٥) ، فيجب منع المالك
 مثلا من القاء القمامات ، أو التراب أو الحجارة أمام ملكه ،
 ومنعه من رش الشارع رشا مفرطا ، وما مائل ذلك من ربط الدواب
 مدة طويلة في الشارع ، وفي هذا المجال يقول فقهاء الشافعية :

« يجب منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب في الشارع »

(٣٢) انظر : البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ .

المنتقى للباقي ج ٦ ص ٤١ ، تبصرة الأحكام ج ٢ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٣٣) انظر : جامع العلوم والحكم ص ٣٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية

لابن القيم ص ٢٦٤ .

(٣٤) انظر : الشنيخ على قراة في المرجع السابق ص ١٩ .

(٣٥) انظر : د . محمد رافت عثمان في المرجع السابق ص ١٠٩ .

فللكراء فلا يجوز وعلى ولي الأمر منعهم لما في ذلك من مزيد الضرر» (٣٦)
ومن هذا أيضا اشتداد صوت آلات الحدادين والنجارين
ودوامها الذي يسبب الضوضاء المقلقة للسكان ومنه كذلك أحداث
اصطبل الخيول ونحوها من الدواب أمام باب غيره لما فيه من الضرر
الناجم من بول الدواب وزيلها بالحيطان مع حركتها ليلا ونهارا المانعة
من النوم (٣٧) •

(هـ) الضرر بعمل ما يمكن من الإطلاع على نساء الجار :

كما أن الجار يتضرر بعمل ما يؤذيه أو ماله يتضرر أكثر
الضرر بعمل ما يمكن الغير من الإطلاع على نسائه والنظر إليهن
وخصوصا في منزل سكناه وفي الأماكن التي لا يمكن فيها للنساء عادة
أن تتجنب كشف شيء من عوراتها فيها •

فاذا عمل شخص على أن يتمكن من الإطلاع عليهن وهن في
مساكنهن وقد يكن في حالة بعيدة عن الاحتشام كان في ذلك أكبر الضرر
وللمتضرر أن يطلب إزالته ورفع •

ومن أمثلة ذلك ما ذكره المالكية (٣٨) وبعض الحنفية (٣٩) من أن

(٣٦) حاشية ابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر

الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١ •

(٣٧) انظر : الشرح الصغير للامام الدردير ج ٤ ص ٢٨ تحقيق

الشيخ محمده مجي الدين عبد الحميد ط ثانية سنة ١٩٦٣ ، الشرح الكبير
للدردير ج ٣ ص ٣٣٣ دار احياء الكتب العربية ، البهجة شرح التحفة

ج ٢ ص ٣٣٧ ، حل المعاجم ج ٢ ص ٣٣٦ •

(٣٨) انظر : الشرح الصغير للدردير ج ٤ ص ٣٧ ، المسوق على

الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣١ ، المسونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، البهجة في شرح

التحفة ج ٢ ص ٣٣٨ ، حل المعاجم ج ٢ ص ٣٣٨ ، تبصرة الحكام

ج ٢ ص ٢٥٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٩ •

المالك إذا أراد أن يفتح كوة — أى طاقة — تشرف على جاره أو شباكها يشرف عليه من باب أولى فإنه يمنع من ذلك إذا كانت الفتحة بحيث يتمكن صاحبها من الاطلاع على جاره وأهله • ويؤمر برفع الضرر بصورة تدمع وقوع النظر ببناء سائر أو غيره •

ولا فرق في هذا بين الضرر الحديث والقديم عند الأحناف • فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فللجيران الحادثن أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال واو قديما ، إذ لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فنيهما (٤٠) وبمنع الكوة قال المالكية أيضا كما سبق القول إلا أن المالكية قبيحوا بذلك بأمرين :

الأول : أن يكون الفتحة جديدا • فان كان الفتحة قديما فإنه لا يقضى بسده ويقال للجار أستر على نفسك ان شئت • الثانى : ألا تكون الفتحة عالية بحيث لا يمكن التطلع منها على الجار الا بالمصعود على سلم مثلا فإذا كانت عالية بهذا المقدار فإنه لا يقضى كذلك بسدها •

وإذا حكم بسد هذه الفتحة التى توافر فيها هذان القيذان فإنه لا يكتفى بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه ، لأنه يمكن أن يكون فى المستقبل ذريعة لأن يدعى صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها فلا بد إذن من سد الفتحة من أصلها وإزالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشية وتحوها (٤١) •

(٣٩) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ ، الفناوى الخيرية
ج ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ط ثانية بيؤلاق سنة ١٣٠٠ هـ •
(٤٠) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠٢ •
(٤١) انظر : منح الجليل للششيخ عيسى ج ٣ ص ٣٢٩ الناشئ

شرفط مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة :

يُشترط في الضرر الذي يترتب مسؤولية المالك ويكون من الواجب رفعه أن يكون ضرراً فاحشاً ، وأن يكون متيقناً لا متوهماً ، وألا يكون للمتضرر دخل في وجوده (٤٢) •

الشرط الأول : أن يكون الضرر فاحشاً بالمعنى السابق تحديده •
فلو كان الضرر بسيطاً لم يكلف محدثه رفعه • ومن أمثلة ذلك الأضرار
اليسيرة أو العادية التي سبق أن تحدثنا عنها فلا داعي للتكرار •

الشرط الثاني : أن يكون الضرر متيقناً لا متوهماً :

فاو كان الضرر متوهماً لا يلتفت إليه • ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

(أ) لرجل شباك يطل على مقر نساء جاره الا أن الشباك مرتفع
عن قامة الانسان بحيث أن الواقف بجواره لا يمكنه أن ينظر منه إلى
بيت الجار لارتفاعه عن قامته فتضرر الجار من هذا الشباك بحجة أن
صاحبه يمكنه أن يضع سلماً ويصعد به إلى مقر الشباك فينظر منه
إلى مقر نسائه •

(ب) لرجل شجرة فاكهة في جنيته فتضرر الجار من هذه
الشجرة ، لأن صاحبها عند صعوده إليها لأخذ ثمرها يشرف على مقر
نسائه — فإذا تضرر الجار في هاتين الصورتين مطالب برفع الضرر
بسد الشباك وقطع الشجرة لايجب إلى ما طلب ، لأن الضرر هنا

مكتبة النجاح بلبيسا ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص
٢٥٥ ، د. سليمان محمد أحمد في ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي
ص ٣٢١ ط أول سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م د. محمد رأفت عثمان السابق
ص ١٠٦ •

(٤٢) انظر الشيخ علي قراءة في المراجع السابق ص ١٧ ، ٢١ ،

٢٣ ، ٢٣ •

متوهم والضرر الذى يجب رفعه هو الضرر المتيقن، الا أنهم قالوا انه يلزم صاحب الشجرة عند قصد صعودها هو أو من اشترى من ورقها أو ثمرتها اعطاء الناس الخبر لأجل التستر والا منع من الصعود (٤٣)

الشرط الثالث : ألا يكون للمتضرر دخل في وجود الضرر :

الضرر الذى يجب رفعه ويكون للمتضرر حق طلب ازالته هو الضرر الذى يحصل بفعل الغير ولا يكون للمتضرر دخل في وجوده، فان كان للمتضرر دخل في وجود ما يتضرر منه لم يكن له أن يطلب رفعه وان طلب لايجاب الى طلبه ومن أمثلة ذلك • بناء قديمة لرجل فيها شبك فجاء جاره وبنى بجواره دارا وجعلها بحيث أن شبك دار جاره القديمة يشرف على مقر نسائه فتضرر صاحب الدار الحديثة من شبك جاره صاحب الدار القديمة وطلب رفع هذا الضرر فانه لايجاب الى طلبه لأن هذا الضرر لم يحصل الا بفعله وهو بناؤه داره بالوضع الذى ترتب عليه أن شبك دار جاره صار مشرفا على مقر نسائه ولو كان قد بنى داره بوضع آخر لم يحصل هذا الضرر — ويلاحظ أن هذا الشرط الأخير يشترطه الأحناف فقط وسنزيد هذا الشرط ايضاحا في البند التالى :

أسبقية الاستعمال أو الاستغلال :

الغرض في هذه المسألة أن لرجل تنور قديم أو حمام أو غير ذلك فجاء جاره وأحدث بجوار التنور أو الحمام دارا ثم تضرر بعد سكناه اياها من تخان التنور أو الحمام وطالب برفع هذا الضرر فهل يجاب الى طلبه أم لا ؟

(٤٣) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ ، الفتاوى الخيرية ج ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ، المنوعة ج ١٥ ص ١٩٧ ، حلى المعاجم ج ٢ ص ٣٣٨ •

خلاف بين الفقهاء :

ذهب الأحناف الى أنه ليس للمالك المنزل أن يتضرر من صاحب التتور أو الحمام لأن بناء دليل على رضاه بكل ما يتوقع من الحفان وغيره من مضار التتور والحمام • فقد جاء في المادة ١٢٠٧ من مجلة الأحكام العدلية : أنه لو تصرف الانسان في ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وأحدث عنده بناء ، فان كان هذا المحدث متضررا فعليه دفع الضرر ببناء ساتر أو غيره ، فاذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدث أن يدفع هو مضرتـه بأن يقيم ساترا في ملكه ، وليس له صلاحية أن يدعى على صاحب الدار القديمة •

وكذلك لو كان لدار حداد عرصة متصلة به وأحدث فيها شخص دارا فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد لأنه يحصل لداره ضرر فالحش من طرق الحديد •

ومثل هذا لو كان هناك بيدر قديم وأحدث أحد دارا بالقرب منه فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بحجة أن غبار البيدر يجيء على داره •

ومثل هذا أيضا ما جاء في مرشد الجيران فالمادة ٦١ تنص على أن « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرا » • فلا يسوغ أحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » كما نصت المادة ٦٢٥ على أن « رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضرا فالحش فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شبكا فلنظر محلا على محل نساء جاره وأن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر اما بسد الشباك أو ببناء ساتر فان

كان الشباك المحدث مرتقعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده»
ونصت المادة ٦٣ على أنه « ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا
مشروعا فأحدث غيره بجواره بناء مجددا فليس للمحدث أن يتضرر
من شبائيك المذار القديمة ولو كانت مظة على مقر نشائه بل هو الذي
يلزمه دفع الضرر عن نفسه » •

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش يتحقق من صاحب البناء
الملاحق ، اذا كان من شأنه أن يمنع الضوء عن الجار ، أو كان يمكن
منه رؤية محل النساء ، وذلك باعتبار أن الوضع السابق قد استقر ،
فلا يصح القيام بأفعال تخل بهذا الاستقرار وعلى العكس ليس لمن
جاء فيما بعد أن يتضرر اذا كان البناء السابق يجرح منزله بامكان
رؤية الحريم ، لأنه كان يتعين عليه مراعاة ذلك في بنائه ، نظرا
لاستقرار الوضع بالنسبة للأول قبل الثاني (٤٤) • وبهذا الرأي قال
بعض فقهاء القانون المدني كما سارت المذكرة الايضاحية أيضا على
مذهب الأحناف •

وذهب جمهور الفقهاء (٤٥) الى أن أسبقية الاستعمال أو
الاستغلال لا تعصم المالك من المسؤولية عن الضرر الفاحش الذي
يلحق الجيران • ولذلك فان الضرر يزال سواء كان قديما أو حديثا ،
لأن الضرر لا يجاز أصلا وإن طال ، اذ الحيابة انما تكون في الأملاك
وأما الضرر فيزيده طول التقادم ظلما وعدوانا • وعلى ذلك وكما سبق

(٤٤) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص
١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ وانظر أيضا الشيخ على
قراءة في المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها •
(٤٥) انظر : تبصرة الحكام ج ٤ ص ٢٥٥ ، البهجة ج ٢ ص ٣٣٨ ،
المنتقى ج ٦ ص ٤٣ ، منح الجليل ج ٣ ص ٣٣٩ ، جامع العلوم والحكم
ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية ص ٢٦٤ — نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٣٤

القول فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فالجيران الحادثين أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزيل ولو قديماً إذ لا فرق بينهما حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما • ويرى جمهور الفقهاء أخذ معظم فقهاء القانون المجنى المصري •

والذى أميل اليه هو رأى جمهور الفقهاء الذى لم يفرق بين قديم الضرر وحديثه خاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن هذا الرأى فيه مراعاة لحق الجار بمنع الضرر الفاحش أو المستديم عنه • بل ان الشريعة الاسلامية كما سبق القول لم تقف عند حد اعطاء الجار حقوقه فحسب ولكن أمر الله بالاحسان اليه فى قوله تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين احساناً وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب » (٤٦) كما أمر عليه الصلاة والسلام باكرامه فقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » (٤٧) ونهى عليه السلام عن ايذائه فقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره » (٤٨) •

الشريعة الاسلامية هي المصدر الذى استلهم منه المشرع الوضعى المصرى أحكام المضار غير المملوكة :

جاءت الأعمال التحضيرية للقانون المعنى المصرى الحالى بما يفيد أن النص على عدم الطلوع فى الاستعمال انما يقرر التزامات الجوار فيجعلها التزامات قانونية « وهى التزامات لا مصدر لها الا القضاء المصرى قررهما مهتدياً فى تقريرها بالشريعة الاسلامية • ففقتنا المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الاسلامية معاً ».

(٤٦) سورة النساء من الآية رقم ٣٦

(٤٨، ٤٧) الحديثين سبق تخريبهما •

فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف والمهم هو
تحديد الغلو والمعيار هو الضرر غير المألوف والضرر الفاحش
هو غير المألوف» (٤٩) •

وهذه الإشارة إلى الشريعة الإسلامية بخصوص عدم الغلو ليست
بحاجة إلى بيان • فالشريعة الغراء هي المصدر الذى استلهم منه
المشرع الوصعى أحكام الغلو فى الاستعمال وقد سبق أن بينا أن
ما ذكرته المذكرة الإيضاحية قد سارت وفقا لمذهب الأحناف • كما أن
القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى السابق والذى جاء خالياً من
النص على التزامات الجوار كان يطبق فى هذا الشأن مبادئ الشريعة
الإسلامية وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة
١٩٠٣ بأن : « الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها ، تنقيذ بواجب
الامتناع عن الطاق أى ضرر جسيم بالجار ويخلف فى ذلك كل
فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه » وتواترت
الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها (٥٠) •

المطلب الثانى :

ماهية الغلو الذى يرتب مسؤولية المالك فى القانون المدنى :

— مضمون الالتزام بحجم الأضرار بالجار :

تنص المادة ٨٠٧ من القانون المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

١ — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك
الجار •

(٤٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ — ٣٢ •

(٥٠) انظر : الأستاذ حسين عامر فى المسؤولية المدنية التقصيرية

العقدية ص ٢٥٣ •

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات • وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له • ولا يحسب الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » •

٢ - المبدأ بالنهي ونطاقه (١) :

يتضمن نص المادة ٨٠٧ مدني نهياً توجه به المشرع الوضعي إلى كل مالك وهو نهى عن أن يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بالجار والا كان مسؤولاً • ويلاحظ أن مسؤولية المالك تقوم على الرغم من أنه يباشر إحدى سلطاته على المملوك وهي سلطة الاستعمال • ولم يكلف المشرع الوضعي بالخطر السابق بمجرد بل أضاف أن الخطر وجزاء مخالفته مسؤولية المالك مدنياً ، لا يشمل كل مغالاة بل يقتصر فقط على كل ما يؤدي منها إلى إلحاق ضرر غير مألوف بملك الجار • فالخطر بجزائه ينحصر عن الضرر المألوف ولو كان ناتجاً عن كيفية في الاستعمال •

فالمغالاة والضرر المألوف قرينها يمثلان الإطار لمسؤولية المالك مدنياً عن استعماله لحقه على الوجه الذي تشوبه تلك المغالاة وبالكيفية التي تحدث ذلك الضرر على وصفه المذكور •

وبالرغم من أن النص السابق يتكلم عن المالك إلا أن حكمه يمتد فيشمل فعل كل من يشغل العقار ذلك أن نص المادة ٨٠٧ مدني يفصح عن قيام التزام عيني يحمل الملكية لا شخص المالك وهو التزام ينشأ

(١) انظر : د • طلبة ودية خطاب في النظام القانوني لحق الملكية في

القانون المدني المصري ص ٨٧ ط ١٩٨٧ •

بمجرد التجاور بين عقارين يشغلها شخصان لكل منهما موقع محدد ولا بشرط أن يكونا مالكيين • فاللغوضاء أو الدخان المنبعثة من شقة مثلا تسبب نفس المضار سواء كان الجار مالكا أو مستأجرا (٢) •

٣ — تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لكي نحدد حالة مضار الجوار غير المألوفة يجب أن نميز بين حالات ثلاث :

١ — مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

٢ — حالة التعسف في استعمال حق الملكية •

٣ — حالة مضار الجوار غير المألوفة •

١ — مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

إذا تجاوز المالك حدود حقه كأن فتح في البناء الذي يقيمه على أرضه مطلا على ملك الجار على مسافة أقل مما حدده القانون أو وضع مواد البناء في أرض جاره ، أو سالت باهماله المياه المتخلفة عن مصنعه إلى أرض جاره كان مسئولا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن الضرر الذي يلحق جاره • وقد يسأل المالك باعتباره حارسا لما يملكه ، عن الضرر الذي يحدثه تهدم البناء ، أو فعل الحيوان ، أو الشيء غير

(٢) انظر : الأستاذ الدكتور السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٦٨٦ دار احياء التراث العربي بيروت ، د ٥٠١ أحمد سلامة في الملكية الفردية في القانون المصري ص ١٠٩ هامش (١) ط أولى سنة ١٩٧٠ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن في حق الملكية والتأمينات العينية والشتتصية ص ٣٢ ط سنة ١٩٨٧ م ، د محمد ربيب شنب في موجز في الحقوق العينية الاصلية ص ٢٣٧ ط ١٩٧٣ •

الحى طبقا للقواعد العامة فى المسئولية عن الأشياء (٣) *

— التعسف فى استعمال الحق :

كذلك يسأل المالك اذا تعسف فى استعمال حقه ، كما لو قصد باستعمال الشيء المملوك له الاضرار بغيره ، أو كانت المصالح التى يجنيها من استعماله قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة م * من القانون المدنى *

نفى الحالات الثلاث السابقة — حالات التعسف الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى — يعد سلوك صاحب الحق سلوكا خاطئا، اذ هو يقصد الاضرار فى الحالة الأولى وهذا هو الشأن فى الحالة الأخرى * حيث يفترض أن الشخص الذى لا يسعى من وراء استعماله لحقه الا الى مصلحة تافهة بالنسبة لما يصيب الغير من ضرر ، انما هو بقصد الاضرار بهذا الغير ، وهذا هو الشأن بالنسبة لمن يرمى الى تحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء استعماله حقه (٤) *

(٣) انظر : د.أ. محمود جمال زكى فى الحقوق العينية الأصلية ص ٥٧ ط. سنة ١٩٧٨ ، د. طلبية وهبة فى المرجع السابق ص ٨٨ ، د. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٦ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٢٨ ، استاذنا الدكتور لاشين الفاياتى فى حق الملكية وأسباب كسبه ص ٨٢ مذكرات على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٠ ، حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والتعاقدية ص ٢٦٩ ط ثانية سنة ١٩٧٩ *

(٤) انظر : د.أ.د. توفيق حسن فوج فى الحقوق العينية الأصلية ص ١٤٧ ط ١٩٨٣ *

(٢٠ — شريعة)

— مضار الجوار غير المألوفة :

على أن المالك قد لا يخالف نصا في القانون ، ولا يتجاوز حدود حقه ، ولا يتعسف فيه ، ومع ذلك يلحق جيرانه نتيجة استعماله لحقه ضرر لم يكن في وسعه أن يتجنبه كأن يقيم مصنعا بعد الحصول على ترخيص به واتباع جميع الاشتراطات التي يتطلبها القانون ، بل وانجاز كل الاحتياطات الفنية التي من شأنها منع الضرر ، فهل يظل رغم ذلك مسئولاً قبل جيرانه عن الأضرار التي تلحقهم نتيجة وجود مصنعه أو العمل فيه ؟

تجيبنا على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما سبق أن رأينا بقولها : « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ».

فالمسألة التي يعالجها هذا النص هي صورة مالك استعمل حقه دون أن يرتكب أى خطأ ، أى هو بذل في ذلك العناية الواجبة واتخذ من الاحتياطات ما يلزم في الظروف التي يوجد فيها ، ودون أن يخالف القوانين واللوائح الخاصة ودون أن يتعسف في استعمال هذا الحق ومع ذلك فان استعماله قد ألحق بالجار مضار غير مألوفة فهنا لو طبقت قواعد المسؤولية التقصيرية أو طبقت نظرية التعسف لأهلت المالك من أى حساب وتحمل جاره هذه المضار • وواضح أن هذا الافلات من الجزاء يحدث اختلالا بالتوازن في استعمال العقارات المتجاورة وتلك نتيجة لم تعد تستقيم مع اعتبار حق الملكية حقا مقيدا • ولهذا فقد تدخل الشرع الوضعى بنص المادة ٨٠٧ مدنى ليعيد التوازن المختل وليمكن الجار من المطالبة بمنع هذه المضار أو بالتعويض عنها (٥) •

(٥) انظر ١٥٠١ ، أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٠ •

مما سبق يتضح الفرق بين حالة مزار الجوار غير المألوفة وحالاتي مجاوزة الحدود الموضوعية للحق والتعسف في استعمال هذا الحق .
ففى الحالة الأولى يكون هناك خطأ ثابت أو مفترض في جانب المالك
ولذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا . وفي حالة التعسف في
استعمال حق الملكية يكون من المتعين أيضا حد الضرر مهما كان ضئيلا ،
أما في المسئولية عن حالة مزار الجوار غير المألوفة والتي نحن بصدها
فلا يكون هناك أى خطأ في جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفا في
استعمال حق ملكيته فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص
المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا في استعمالها ،
بل كل ما هنالك أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار ،
ولذلك لا يعرض الجار عن الضرر الا اذا كان ضرا غير مألوف أى
ضرا فاحشا ، ولا يعرض عن الضرر المألوف أى الضرر الذى لا يمكن
تجنبه بين الجيران (٦) .

ولا شك أن للصورة المتقدمة أهمية كبيرة في الوقت الحاضر ، نظرا
لاتساع العمران وازدياد عدد المصانع وهى مصدر أضرار مختلفة
للجيران بما ينبعث عنها من أدخنة وأبخرة تسيء الى صحتهم وبما يحدثه
سير العمل فيها من ضوضاء تعكر صفو راحتهم أو من ارتجاجات
منتظمة توهن أساسات منازلهم ويؤدى كل ذلك الى إلحاق الخسارة بهم
نتيجة هبوط قيمة عقاراتهم ، بل ان الحال التجارية والمحلات العمومية
قد تكون مصادر مزار جديفة كاللافتات المضيئة بما تحدثه من ضوء
مبهر والضوضاء التى تحدثها محال بيع أجهزة الذيع أو أدوات
الموسيقى أو المسارح أو دور الخيالة والصخب والصياح الذى

(٦) انظر : ٥٠٩ السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٤ ، د طلبة

وهبة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، ٥٠٩ توفيق فرج فى المرجع السابق
ص ١٤٨ .

يحدثه التلاميذ في المدارس وتزداد على مر الزمن أهمية المسألة تحت تأثير عوامل اجتماعية ، باتساع رقعة المدن وعلى الخصوص بازدياد كثافة السكان فيها ، وعوامل فنية بكثرة استخدام الآلات التي تزيد متاعب الناس بقدر ما تيسر وسائل الحياة لهم وعوامل نفسية بازدياد وعى الأفراد وأدراكهم لحقهم في حياة مريحة هادئة (٧) .

في هذه الأمثلة وغيرها تضع المادة ٨٠٧ مدنى حدا لاستعمال الملكية المنوع والجائز .

الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لا تقوم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة طبقا للمادة ٨٠٧ مدنى الا بطلو في استعمال حقه يحدث بالجار ضررا ينبغى أن يكون غير مألوف .

وتأسيسا على ذلك فلا مسؤولية على المالك لجرد أنه يخلو في استعمال حقه دونما ضرر يلحق الجار مع أن ذلك نادر . وبذات القدر أيضا لا مسؤولية على المالك مع الظو وحتى مع الاضرار بالجار لو كان هذا الضرر مألوفاً ، ذلك أن الجيرة أو المتلاصق أو التقارب بين الأماكن عموما تسبب عادة مضايقات وأضرار لا يمكن تلافيها ، أو يمكن تلافيها ولكن بالتصديق على الناس في استعمال حقوقهم ، ولذلك جرى العمل بين الجيران على تحمل قدر من هذه المضايقات والأضرار والتسامح بشأنها بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة ، فلا يكون لجار أن يرجع على جاره طالبا إزالة هذه المضار أو التعويض عنها . والا

(٧) انظر : في هذه الأمثلة د.أ. محمود جمال الدين زكى في المرجع السابق ص ٦٠ ، د.أ. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١٠ د.أ. اسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية ص ١٢٩ ١٣٠ ط ثانية سنة ١٩٦١ .

غلت أيدي المالك عن استعمال حقوقهم وعد عزوفهم عن استعمال تلك الحقوق أمراً مألوفاً وهذا غير صحيح (٨) .

ويقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :

« والمبدأ الأساسى الذى وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . فهناك اذن شرطان لمسئولية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتماً ، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ، ورسمت له معياراً مرناً لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار ، فالمعيار اذن هو الضرر غير المألوف ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف والا غلت أيدي المالك عن استعمال حقوقهم . أما اذا أحدث عمل المالك ضرراً غير مألوف بالجار فإنه يصبح مسئولاً عن تعويض هذا الضرر ... » (٩) .

وخلاصة القول أن شروط مسئولية المالك ترجع وعلى حد تغيير الفقه (١٠) الى فكرة الغلو فى استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك فى استعماله لحق ملكيته الجار بضرر غير مألوف .

معيار الضرر غير المألوف :

الضرر غير المألوف هو الضرر الذى لم تجر العادة بتحملة دون

(٨) انظر : د. ٥٠٩ . ظلية وقيمة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، د. محمد لينب شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د. ٥٠٩ . توفيق حسن لرج فى المرجع السابق ص ١٥٠ ، ٢٥١ .

(٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ .

(١٠) انظر : أد. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٥ .

شكوى، والغالب أن يكون ضررا فاحشا (١١) أو هو الضرر الفاحش غير اليسير (١٢) • وبعبارة أخرى يكون الضرر غير مألوف متى زاد عن الحد المعهود فيما يتحملة الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار فإذا زاد الضرر على هذا الحد كان ضررا غير مألوف ووجب التعويض عنه (١٣) •

وعن معيار هذا الضرر يمكننا أن نستخلص ما يميزه من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى التى تقول «وانما له (أى للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذى خصصت له » •

ونقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد قضت المادة ٠٠٠ بأنه يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف (ب) وطبيعة العقارات (ج) وموقع كل منها بالنسبة للآخر (د) والغرض الذى خصصت له • فمن ذلك ينبى أن ما يعتبر ضررا مألوفاً فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة ، يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس •

فاذا فتح محل مغلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب إزالته » (١٤) •

(١١) انظر : د ٠٩ • شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ •

(١٢) انظر : أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى شرح

أحكام حق الملكية مذكرات على الآلة الضاربة ص ٣٧ ط ١٩٨٥ •

(١٣) انظر : د ٠٩ • السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٦ •

(١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢ •

من ذلك نرى أن معيار « الضرر غير المألوف » جاء متسماً بالمرونة
لا قاعدة جامدة فيتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة
ويستجيب لقتضيات كل منها •

ويكون المعيار مرناً يفيد أنه ليس هناك حد معين أو رقم معين يجب
أن يصله الضرر حتى يقال عنه أنه غير مألوف أو أن التسامح لا يرد
عليه واذن فقد يتفق أن يكون ذات الضرر مألوف في حالة وغير مألوف
في حالة أخرى (١٥) • فالضايقات التي تنتج من الدخان قد تكون ضرراً
مألوفاً في الريف حيث يوجد بكل منزل (فرن) أو في حي مخصص
للمصانع ولكنه لا يعد كذلك في حي سكني المدينة وتساعد الروائح من
الدور الأسفل من مبنى قد يؤدي إلى مضايقة صاحب الدور الأعلى ولكنه
إلى حد ما ضرر لا يمكن تجنبه بسبب موقع العقارات بعضها من بعض
وفي هذه الحدود يعتبر ضرراً مألوفاً لا يسأل مالك السفلى عنه (١٦) •

على أن يراعى في تقدير الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة
منها كما سبق القول لعرف طبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة
للآخر ، والعرض الذي خصصت له •

العرف : والمقصود بذلك هو ما جرت به العادة بين الجيران في مكان
معين ، بحيث يعتبر الضرر مألوفاً إذا جرت عادة الجيران في هذا المكان
على تحمله ، وبالعكس يعتبر الضرر غير مألوف إذا كانت العادة لم تجر
بتقلبه أو التسامح بشأنه •

(١٥) انظر : د.أ. أحمد سلامة في المراجع السابق ص ١١٩ ،

قرب حسين عامر في المراجع السابق ص ٢٥٥ •

(١٦) انظر : د.أ. جميل الشرقاوى في الحقوق العينية الأصلية

ج ١ ص ٧٥ ط ١٩٧٤ ، د.أ. منصور مصطفى منصور في حق الملكية في

القانون المدني المصري ص ٢٥٦ ط ١٩٦٥ ، د.أ. حسن كيرة في الحقوق

العينية الأصلية ج ١ ص ٢٩٨ ط ١٩٥٨ •

فالنظر الى العرف يؤدي الى التفرقة بين ظروف المكان وظرف الزمان فالعرف مثلا يقضى بأن ما يتحملة أهل الريف قد لا يتحملة أهل المدينة • وكذلك جرى العرف في الأعياد والمواسم وفي مناسبات مختلفة أن تشتد الحركة ويكثر الجلبى وبخاصة بين الصبية الصغار أو في مناسبات الأفراح أو المآتم أو الحفلات فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك (١٧) •

طبيعة العقارات : قد تفرق طبيعة العقارات بين الضرر المألوف والضرر غير المألوف خصوصا مع النظر الى الحى الذى يوجد به العقار فالضجة التى يحدثها مالك أرض فضاء عند استعماله لها لا تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان ما حولها أراضى فضاء بخلاف ما اذا كان مباني سكنية • وما يعتبر ضررا غير مألوف فى حى سكنى لا يعتبر كذلك فى حى صناعى •

موقع كل عقار بالنسبة للآخر : قد يحدد موقع كل عقار بالنسبة للآخر للضرر غير المألوف • فتلاصق العقارات يوجب على أصحابها تحمل قدر من الأضرار ، لا يتعين على أصحاب العقارات غير الملاصقة تحملها • فالحركة المحسوسة كدبيب الأقدام أو الدق فى المطبخ ضرر يجب أن يتحملة الجيران الملاصقون ، ولكن اذا كان الصوت يصل الى الجيران البعيدين فانه يعتبر ضررا غير مألوف (١٨) •

الغرض الذى خصص له العقار : يجب أن يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف الغرض الذى خصص له العقار فالعقار المخصص لغرض

(١٧) انظر ٥٠١. السنهوري فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٨ ، ٥٠٩. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ ، ٥٠١. غيه الناصر والعطار فى المرجع السابق ص ٣٧ ، ٥٠١. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ ، ٥٠١. انظر (١٩٠٨) ٥٠٩. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ •

يُطلب تحقيقه قهراً من الهدوء كالمسكنى ، أو الاستشفاء ، غير العقار المخصص ليكون مصنعا أو مكتبا أو محلا تجاريا • فيعتبر الضرر غير مألوف إذا كان من شأنه أن يفوت على مالك العقار الغرض المقصود من استعماله ، مادام هذا الغرض عاديا مألوفاً • وعلى ذلك فالضجة التي تحدثها ورشة قد تعتبر ضرراً غير مألوف إذا كان العقار المجاور لها مخصصاً للاستشفاء أو النقاهاة وتعتبر ضرراً مألوفاً إذا كان هذا العقار مخصصاً سكناً عادياً (١٩) •

وجملة القول في ذلك أن الضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر غير المألوف أو غير العادى ، على ألا ينظر في تقدير صفته الى الضرر في ذاته • والا لا يمكن على الاطلاق مسائلة أصحاب المصانع عن الأضرار التي تلحق الجيران من مصانعهم ، لأن الاستغلال الصناعى أصبح الآن ، أمراً عادياً أو مألوفاً بل يراعى في تقديره الظروف التي تحيط به •

الضرر غير المألوف أو غير العادى ، وهو الضرر الذى لم يعتد الجيران تحمله في منطقة محدودة ووقت معين • ويمكن القول ببناء على هذا ، بأن المالك الذى لا يستعمل حقه وفقاً للظروف العادية التي تحيط بالعقار الذى يملكه في العصر الذى يعيش فيه ، يلتزم بتعويض الضرر الذى يحدثه ، لأنه بالاستعمال غير العادى أو غير المألوف لحق الملكية ، يهدم التوازن القائم في علاقاته بجيرانه ومن هنا يظهر المفيد الذى فرضه القانون في المادة ٨٠٧ على حق الملكية لمصلحة الجيران (٢٠) •

ويلاحظ أن الظروف الأربعة السابقة المذكورة في القانون ليست واردة على سبيل الحصر ، بل هي مجرد أمثلة للاعتبارات الموضوعية

التي يجب مراعاتها في تقدير اذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف ، لذلك يجوز الاعتداد باعتبارات وظروف أخرى كاعتبار مستغل المسرح مسؤولاً عن الضجة التي يحدثها رواد مسرحه في ساعة متأخرة من الليل (٢١) .

كما أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً في حي صناعي أو تجاري قد يعتبر ضرراً غير مألوف في حي سكني هادئ وعلى ذلك اذا فتح شخص محلاً مقلقا للراحة كورشة نجارة أو حدادة في حي صناعي فان الضرر الذي يصيب الجيران من جراء فتح هذا المحل يعتبر ضرراً مألوفاً ، في حين أن هذه الضجة تعتبر ضرراً غير مألوف اذا كان المحل قد فتح في حي هادئ مخصص للسكنى (٢٢) .

والأمر في تقدير كل هذا يرجع الى القاضي يقدره في كل حالة على ضوء الظروف السابقة وبغير رقابة عليه من محكمة النقض (٢٣) الا أنه

-
- (٢١) انظر : د.أ. حسن كيرة في المرجع السابق ص ١٤٨
 د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د.أ. عبد الناصر العطار في المرجع السابق ص ٢٨ ، حسين عامر في المرجع السابق ص ٢٥٦ .
- (٢٢) انظر : د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د.أ. توفيق حسن فرج في المرجع السابق ص ١٥٣ .
- (٢٣) انظر : د.أ. السنهوري في المرجع السابق ص ٦٩٨ هامش (١) ، د.أ. توفيق حسن فرج في المرجع السابق ص ١٥٣ ، د.أ. عبد الناصر العطار في المرجع السابق ص ٣٧ ، د.أ. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣٢ ، د.أ. حسن كيرة في المرجع السابق ص ٣٢٥ ، د.أ. منصور مصطفى منصور في المرجع السابق ص ٥٦ ، د.أ. عبد المنعم فرج الصده في حق الملكية ص ٩٣ ط سنة ١٩٦٤م استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن في المرجع السابق ص ٣٣ ، وانظر أيضا نقض مدني في ١٣/٢/١٩٦٩ الطعن رقم ١٥ س ٣٥ ق مجموعة احكام النقض السنة العشرون العدد الأول ص ٣١٧ رقم ٥١ حيث جاء فيه : « تقدير التفسير والغلو في استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع ، كما أن تقدير التعويض الجائر للضرر الناتج عن هذا التفسير هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه » .

قد أثير في هذا الصدد أمران : من ناحية أولى هل يخطف الضرر تبعاً للأشخاص ، أى تبعا للظروف الخاصة بمن أصابه الضرر من الجيران ؟ ومن ناحية ثانية تثار فكرة الأسبقية في الاستغلال فهل تعد الأسبقية في الاستغلال مبررا لحماية محدث الضرر ؟

دور الظروف الشخصية في تقدير الضرر :

إذا كان من المسلم به أن الضرر الذى يسأل عنه الشخص هو الضرر الذى يتجاوز الحد المألوف ، فإن هذا الضرر يختلف من شخص إلى آخر ، فالضوء الذى لا أثر لها على شخص موقور الصحة أو تاجر يخلد في منزله إلى نوم عميق ، قد تكون غير محتملة لشخص عصبى المزاج تحرمه من النوم ، أو مشتغل بعمل عقلى تمنعه من التركيز فيه . فالاستعداد الشخصى للجار ذو أثر على تحديد الضرر الذى يحدثه جاره ، فهل تجب مراعاته عند تقدير صفة الضرر ، واعتباره ضرراً مألوفاً على الجار أن يتحمله ، أم ضرراً غير مألوف على من يحدثه الامتناع عنه ؟ الرأى منقسم في مصر حول هذه الفكرة .

فأغلب الفقهاء (٢٤) يرى أن معيار الضرر غير المألوف معيار موضوعى لا معيار ذاتى بحيث ينظر فيه إلى اعتبارات تتعلق بالزمان والمكان بصفة عامة ومن ثم فلا اعتبار للظروف الشخصية للجار سواء

(٢٤) انظر : ٥٠١ السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٦٩٧ ،

٥٠٢ عبد المنعم فرج الصده في المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤ ، ٥٠١ حسن

كيرة في المرجع السابق ص ١٤٧ ، ٥٠١ أحمد سلامة في المرجع السابق

ص ١١٩ وما بعدها ، ٥٠١ اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ٦٢ ،

٥٠٢ شنب في المرجع السابق ص ٢٣٨ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق

حسن في المرجع السابق ص ٣٤ ، ٥٠١ طلبة وهبة في المرجع السابق

ص ٩١ ، استاذنا الدكتور لاشين الغايانى في المرجع السابق ص ٨٦ ~

تعلق امر بظروف استثنائية أم بظروف عادية « فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضي الهدوء التام . فيزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة . ويتحمل ما جرى العرف بتحملة بين الجيران . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعدّ ضرا غير مألوف بالنسبة إليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغنم » (٢٥) .

وهذا هو الأرجح في نظرنا ويكتفي بالتدليل على الموضوعية في معيار الضرر غير المألوف ما جاء بالمذكرة الإيضاحية وأوردناه سلفا ويتعلق باعتبارات يتعين الاعتماد بها على حد قول المشرع الوضعى عند تقدير الضرر غير المألوف وهى اعتبارات ينطلى عليها وصف الموضوعية دون سواء فقد أوجب النص الاعتماد بالعرف ، طبيعة العقارات ، موقع كل منها بالنسبة للآخر ، الغرض الذى خصصت له .

ويفرق بعض الفقه (٢٦) بين الظروف الشخصية العادية وهذه تؤخذ في الاعتبار عند تحديد الضرر غير المألوف — والا لما تحققت الغاية التى قصدها الشارع كاملة — وبين الظروف الشخصية غير العادية

(٢٥) د.أ. السنهوري في المرجع السابق ص ٦٩٧ .

(٢٦) انظر : د.أ. محمود جمال الدين زكى في المرجع السابق ص ٦٨ ، ٦٩ ، د.أ. عبد المنعم البدر اوى في الحقوق العينية الاصلية ص ١٢٦ ط سنة ١٩٥٦ ، د.أ. توفيق حسن قرج في المرجع السابق ص ١٥٥ ، ١٥٧ ، د.أ. جميل الشرقاوى في الحقوق العينية الاصلية — الكتاب الأول حق الملكية ص ٧٦ ط ١٩٧٤ ، د.أ. عبد الناصر القطاز في المرجع السابق ص ٣٨ ، حسين عامر في المرجع السابق ص ٢٥٥ ، ٥٤١ .

وهذه لا عبرة بها في تحديد الضرر غير المألوف • فالضوضاء الخفيفة جدا التي لا يابه لها الا مريض بأعصابه لا تعتبر ضررا غير مألوف ولو أحدثت به أزمات عصبية ولكن الضوضاء التي تقلق المحامي في مكتبه تعتبر ضررا غير مألوف ولو كانت غير ملحوظة بالنسبة لغير المشتغل بعمل ذهني ، لأن القيام بأعمال عقلية يعتبر أمرا عاديا ، ولتاجر المذيعات أن يطالب بالتعويض جاره الذي يعطل بالآلات التي يديرها في ملكه استقبال الاذاعة ويعوقه عن بيع سلعته واو كان لا يتضرر من ذلك التاجر في أية سلعة أخرى لأن تجارة المذيعات تعتبر كذلك أمرا عاديا(٢٧).

أسبقية الاستغلال :

المسألة الأخرى التي تثار في هذا الصدد هي أسبقية الاستغلال • فلو فرضنا أن شخصا أقام مصنعا أو مدبغة أو ملهى أو محلا آخر مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا في جهة نائية بمفرده، ثم امتد العمران الى هذه الجهة ، فهل يجوز لأصحاب المنازل التي جاورت المصنع أو هذه المحال أن يطلبوا التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تصيبهم من المصنع أو هذا المحل ؟

الذي يبدو أنه ليس لملك المنزل أن يتضرر من استعمال جاره لملكه على النحو الذي يستعمل فيه ، ذلك أن هذا الاستعمال كان موجودا من قبل تحقق الجوار وقد ارتضى مالك المنزل الجوار رغم علمه بالاستعمال المخصص له ملك جاره •

(٢٧) انظر في هذه الأمثلة : د. د. محمود جمال الدين زكي نى.

وبهذا قال فقهاء الحنفية (٢٨) ولذلك نص قديرى باشا رحمه الله في كتابه مرشد الحيران في المادة ٦٣ على أنه :

« ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجعدا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبائيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » *

وعلى مذهب الحنفية سارت المذكرة الايضاحية حيث قالت : « أما اذا كان المحل المعلق للراحة هو القديم ، وقد وجد في ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المعلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » (٢٩) وهذا ما رده بعض فقهاء القانون في مصر (٣٠) .

بيد أن الفقه الوضعى في مجموعه لم يوافق على ما سبق من هذه الصورة المطلقة ، لأن مقتضى التسليم بذلك يؤدى الى أن المالك الذى يسبق غيره في اختيار نوع من أنواع الاستعمال ، يستطيع أن يفرض هذا الاستعمال على من يأتى بعده من الملاك دون أن يكون لهم الرجوع

(٢٨) انظر : فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٥٠٦ ط مصطفى محمد سنة ١٣٥٦هـ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيلى ج ٤ ص ١٩٦ ط ط أولى بولاق سنة ١٣١٤هـ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ط ١٣٢٤هـ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ط سنة ١٣٢٤هـ . وانظر من الفقهاء المحدثين فضيلة الشيخ على قراعة في دروس في المعاملت الشرعية ص ٢٣ مطبعة الفتوح .

(٢٩) مجبوعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣ .

(٣٠) انظر : ٥٠١ : السنهورى في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٠ ، ٧٠١

عليه بسبب ما يلحقهم من أضرار غير مألوفة أو بعبارة أخرى فإن الأخذ بهذه الصورة المطلقة يؤدي الى أن يكون للباديء في الامتلاك أو الاستغلال الحق في فرض ارادته على الجيران الطارئين وذلك باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستغلال يتلاءم مع استغلاله واما على تحمل الأضرار غير المألوفة الناشئة عن الاستغلال المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى (٣١) .

ولذا فإن الغالبية العظمى من فقهاء (٣٢) القانون يذهبون الى أن الأسبقية وحدها لا يترتب عليها حرمان الجار من الحق في طلب التعويض إلا أن تكون أسبقية جماعية ، لا لفرد ولا لأفراد قلائل بحيث تصبغ الحي بطابع معين ، فيوصف مثلاً بأنه حي صناعي فعندئذ تحول هذه الأسبقية الجماعية بين من يأتي بعد ذلك من الجيران وبين طلب التعويض . ويستند هذا الرأي الى أن الأسبقية الجماعية تجعل الضرر الناتج عن المصنع لصاحب المسكن الذي استحدث بعد ذلك ضرراً مألوفاً

-
- (٣١) انظر : د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د.أ. جمال الدين زكي في المرجع السابق ص ٧٠ ، د.أ. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١٢٣ ، د.أ. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣٤ ، ١٣٥ (٣٢) انظر : د.أ. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ ، د.أ. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣٥ ، د.أ. حسن كيرة في المرجع السابق ص ٢٣٢٩ ، د.أ. محمد علي عرفة في حق الملكية ص ٢٤٧ ط ثلاثة سنة ١٩٥٤ ، د.أ. منصور مصطفى منصور في المرجع السابق ص ٥٩ ، د.أ. عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق ص ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠١ مصطفى جمال في نظام الملكية ص ١١٦ ، ١١٧ ط ١ سنة ١٩٦٨ ، د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د.أ. طلبة وهبة في المرجع السابق ص ٩٢ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن في المرجع السابق ص ٣٥ ، د.أ. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١٢٣ .

له بخلاف ما اذا لم تكن هذه الأسبقية جماعية وأصبح النحي سكتيا فان الضرر عندئذ سيكون غير مألوف • وعلى ذلك اذا امتد العمران الى منطقة جديدة ، ربدأ الناس يشتركون اراضى هذه المنطقة ، ويخصصونها لاقامة مصانع ومعامل ومخازن ، حتى اصطبغ هذا الحي بالصفة الصناعية فليس لن يأتى بعد ذلك ويقيم مسكنا في وسط هذا الحي . أن يتضرر من الضجة أو من الدخان أو من الروائح التى تنبعث من أملاك الجيران ، لأن هذه الأضرار تعتبر مألوفة في مثل هذا الحي •

بيد أن هذا الرأي محل نظر (٣٣) • لأن صاحب المصنع مثلا لا يفرض ارادته على مستقبل الحي ، فليغيره أن يبنى حوله مساكن على أن يتحمل هذا الغير أضرار المصنع القهيم التى كانت تحدث وقت انشاء هذه المساكن ، فصاحب المصنع لا يجبر غيره على اقامة مصانع حوله وانما هو فقط لا يسأل عن الأضرار الناشئة عن مصنعه عند اقامة هذه المساكن • كما أن عبارة « في ناحية مناسبة له » التى وردت بالمذكرة الايضاحية والثى استند اليها جمهور فقهاء القانون الوضعى في القول بأن هذه العبارة تعنى وجد في حى مناسب أى أن الأسبقية في القدم لا تكفى وحدها بل يجب أن تكون أسبقية جماعية • هذه العبارة لا تعنى الحى المناسب وانما تعنى المكان المناسب وقد يكون هذا المكان أرض فضاء لم يسبق اليها صاحب المصنع وبالتالى تكفى الأسبقية وحدها دون اشتراط أن تكون هذه الأسبقية جماعية • والعمل بالأسبقية الجماعية تقتضى اما تأجيل الفصل في النزاع حتى تتضح الصورة التى سيكون عليها الحى ويصطبغ بها ، وهو أمر غير مقبول ، أو يقتضى التفرقة بين الجيران بغير مبرر ، فمن بنى منهم مسكنا قبل أن يصطبغ الحى بصبغة معينة يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر غير مألوف لأن الأسبقية فردية أو لأفراد قلائل ، ومن بنى بعد أن اصطبغ الحى بصبغة معينة

لا يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر مألوف لأن الأسبقية جماعية .
 هذا فضلا عن أن العمل بفكرة الأسبقية الجماعية يوجد الصعوبات أمام
 حركة التصنيع لأنه سيجبر من يفكر في إقامة مصنع على إقامته في
 منطقة مصانع وقد يتعذر عليه ذلك ، فإذا اختاره في منطقة بعيدة عن
 العمران خشى أن يمتد العمران إليها ، وقد لا يقره القاضى على زعمه
 بأنه بنى مصنعه في « ناحية مناسبة » .

فضلا عن هذا فإنه لا يجوز الاستناد إلى ما ورد في المذكرة
 الإيضاحية للمشروع التمهيدى أيضا ، لأن ما ورد فيها اجتهادا
 لأوضاعها لا يلزم الفقيه أو القاضى (٣٤) .

ويأخذ بعض الفقهاء (٣٥) بالرأى السابق إذا كانت طبيعة الحي
 قد تددت ، فإذا لم تكن قد تددت بصورة واضحة فيأخذ بفكرة
 الأسبقية مع مراعاة ظروف كل حالة .

وهناك رأى (٣٦) يذهب إلى التفرقة بين ما إذا كان المصنع
 يجاوره أرض فضاء أو مباني سكنية ، ففي الحالة الأولى لا تعويض
 باعتبار أن ثمن الأرض الفضاء روعى فيه مجاورتها للمصنع بخلافه
 الحالة الثانية .

وانتقد هذا الرأى على أساس أنه يؤدي إلى أن المالك الأصلي
 للأرض — وهو الذى باعها للمشتري — يكون هو الذى تحمل الخسارة .

(٣٤) انظر : ٥٠١ . محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ .

(٣٥) انظر ٥٠١ . توفيق فرج فى المرجع السابق ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

(٣٦) انظر : ٥٠١ . عبد المنعم البدر اوى فى الحقوق العينية الأصلية

ط ثانية سنة ١٩٥٦ .

دون أن يراجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لا يحق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف (٣٧) .

والرأى الذى نرجحه هو ما يراه البعض من الفقهاء (٣٨) من أن أسبقية الاستغلال تعفى صاحبها من المسؤولية عن الأضرار الناشئة عنها وقت استغلال الجيران لأراضيهم . فمن أقام مسكناً بجوار مصنع ينتج عنه ضوضاء ودخان ، فليس له أن يطالب بتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا المصنع وقت إقامة المسكن ، حتى لو انتشرت المساكن فى الحى بعد ذلك وأصبح حياً سكنياً ، لأن الأضرار الناشئة عن المصنع تعتبر مألوفة لكل من يبنى حوله ، ولأن الجار الطارىء ليس له أن يتأذى من المصنع بعد أن تخير مكان مسكنه بجواره وكان يلزمه دفع الضرر عن نفسه . على أن الأضرار غير المألوفة التى قد تنشأ عن المصنع بعد إقامة المساكن ولم تكن موجودة وقت إقامة هذه المساكن يسأل صاحب المصنع عنها ، لأنها مستحدثة بعد السكنى .

الترخيص الإدارى لا يعفى المالك من المسؤولية المدنية :

قد يحصل مالك المحل المعلق للراحة أو الضرر بالصحة أو الخطر على رخصة إدارية بإدارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضرراً غير مألوف ويطلب التعويض عنه . فالرخصة الإدارية تعفى صاحب المحل من المسؤولية الجنائية فقط ولكن لا شأن لها بعلاقة الجيران بعضهم مع بعض فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إدارياً لم يمنع

(٣٧) انظر : د. أ. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠١ ، ٧٠٢

بالحامش .

(٣٨) انظر : د. أ. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤١ ،

وقرب أد. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، ٧١

هذا الترخيص الجار المذموم من الرجوع على مالك المحل إذ أن التصريح بإدارة المحل لا يعنى إطلاقاً الامتثال على حقوق الغير (٣٩) • وعدم إعفاء الترخيص للمالك من المساءلة المدنية أمر لا ينافي فيه أحد من الفقه المصري (٤٠). فهو يستند الى صريح نص المادة ٨٠٧ مدنى •

المبحث الثانى : أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

المطلب الأول : أساس مسئولية المالك فى الفقه الاسلامى :

من الأمور المسلمة أن الشريعة الاسلامية موضوعة لصالح العباد على الإطلاق ، فان قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل ، موافقاً لقصد التشريع • ولما كان الشارع المحافظة على الضروريات وما يرجع اليها من الحاجيات ، وهو عين ما كلفه العبد ، فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد الى ذلك (١) •

وعلى هذا فان من يرمى فى تكاليف الشريعة الى غير ما رضعت له ، فقد ناقضها ، وعمله بالحكم باطل •

(٣٩) انظر : حسن عامر السابق ص ٢٧٠ •

(٤٠) انظر : ٥٠١ د. السنهورى السابق ص ٦٩٩ ، ٥٠١ د. جمال الدين

زكى السابق ص ٧١ ، ٥٠١ د. أحمد سلامة السابق ص ١١٦ ، ٥٠١ د. منصور

مصطفى السابق ص ٢٦٠ ، ٥٠١ د. حسن كيرة السابق ص ٣٠٣ ، ٣٠٤

٥٠١ د. اسماعيل غانم السابق ص ١١٠ ، ٥٠١ د. توفيق فرج السابق ص ١٦٢

٥٠١ د. شنب السابق ص ٢٤١ ، ٥٠١ د. عبد الناصر العطار السابق ص ٣٩

• استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، ٣٦ ، ٥٠١ د. طلبة

وهبة السابق ص ١٠٣ ، استاذنا الدكتور لاشين الشاياتى السابق ص

٨٨ ، ٨٩ •

(١) الموافقات للشاطي ج ٢ ص ٢٠٧ •

وان ما تهدف اليه الشريعة ، هو تحقيق مصالح ودرء المفسد •
 وان أحكامها في هذا جميعا ، مبناها العدل والاحسان • لقد أمر الله
 تعالى بالعدل والاحسان في المعاملات في قوله عز وجل : « ان الله يأمر
 بالعدل والاحسان » (٢) وقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى
 ميسرة » (٣) وقوله تعالى : « ولا تتسوا الفضل بينكم » (٤) وعن الرسول
 صلى الله عليه وسلم وهو يوصي معاذ بن جبل : « أوصيك بتقوى الله
 وصدق الحديث ، ووفاء العهد ، وأداء الأمانة ، وترك الخيانة ، وحفظ
 الجار ، ورحمة اليتيم ولين الكلام وبذل السلام وخفض الجناح » (٥)
 وقوله عليه السلام : « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه » (٦) •

والمطلع لكتاب الله وسنة رسوله عليه السلام والنصوص الفقهية
 يجد أساس مسئولية المسالك عن مضار الجوار غير المألوفة واضحا
 جليا ، حيث تعتبر الشريعة الانلامية الضرر الذي يصيب الجار جريمة
 دينية وخلقية فضلا عن وجوب ازالة الضرر والتعويض عنه شرعا •

ومن الأحاديث التي تدل على وجوب الضمان عموما والشاملة لكل
 ضرر يقع قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (٧) وقد

(٢) سورة النحل الآية ٩٠ •

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٠ •

(٤) سورة البقرة الآية ٢٣٧ •

(٥) احياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ١٧٤ ط سنة ١٣٥٢ هـ •

(٦) المرجع السابق ص ١٨٩ •

(٧) رواه أحمد وابن ماجه • الفتح الكبير في ضم الزيادة الى

الجامع الصغير ليوسف بن اسماعيل البتھاوی ج ٣ ص ٣٤٦ ط ١٣٥٠ هـ

مصطفى الحلبي ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ تحقيق محمد فؤاد

عبد الباقي ط ١ سنة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م دار احياء الكتب العربية عيسى

الحلبي •

وضع الفقهاء بناء على هذا الحديث قاعدة « الضرر يزال » (٨) فهذه القاعدة مما اتفق عليها الكل ولا خلاف فيها ، بل يمكن أن يقال إنها بسلمة بين جميع فرق المسلمين ، وربما يقال إنها من ضروريات الدين (٩) فالشريعة الإسلامية تمنع الضرر بأية صورة من الصور كما هو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله : « لا ضرار ولا ضرر » ففي هذا الحديث الشريف — كما يقول الشوكاني — : « دليل على تحريم الضرار على ألى صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره ، فلا يجوز في صورة من الصور الا بدليل يخص هذا العموم ، فطليكم بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فإن جاء به قبلته ، والا ضربت بهذا الحديث وجهه فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وحزئيات » (١٠) وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : « من ضار أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه » (١١) .

هذا وقد اختلف العلماء في معنى كل من الضرر والضرار . فمن العلماء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد وأن الجمع بينهما التأكيد ومن العلماء من يذهب الى أن الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه ، وقيل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، وقيل

-
- (٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ط ١ سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ ط مصطفى الحلبي طبعة أخيرة سنة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م .
 (٩) القواعد الفقهية ليزرل حسن الموسوي ج ٢ ص ١٧ مطبعة الآداب في النجف الأشرف سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م .
 (١٠) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦١ المجلد الثالث الناصر مكتبة دار التراث .
 (١١) المرجع السابق عى نفس الموضع .

لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه ، ولا يجازيه على أضراره .
 باختلال الضرر عليه • وقيل الأول الحاق مفسدة بغيره مطلقاً والثاني
 الحاق مفسدة بغيره على وجه المقابلة • وقيل الضرر ما ينفعك ويضر
 صاحبك والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك وهذا وجه حسن في
 الحديث رجحه طائفة منهم ابن عبد البر وابن الصلاح وقيل
 غير ذلك (١٢) •

المطلب الثاني : أساس مسئولية المالك في القانون المدني (١٣) :

أن يثور خلاف فقهي حول مسئولية المالك وقد غلا في استعمال
 حق الملكية هو أمر يكون مفهوماً حال عدم وجود نص تشريعي بهذه

(١٢) انظر : المنتقى للباجي ج ٦ ص ٤٣١ ، تبصرة الحكام ج ٢
 ص ٢٣٥ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢١ ، حاشية الشلبي على تبين الحقائق
 ج ٦ ص ١٤٢ ، حاشية الشيخ محمد بن عمر أبو سنة القصبى على كتاب
 الايضاح ج ٦ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ط وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة
 عمان ، سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٢٧ ط مصطفى الحلبي ، نيل
 الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦١ ، فتح المبين ص ٢٣٧ ، جامع العلوم
 والحكم ص ١٢٦٧ ، فيض القدير للمناوي ج ٦ ص ٤٣١ ط اول سنة
 ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٨ م مصطفى محمد •

(١٣) راجع في أساس المسئولية عن مضار الجوار : د. السنهوري
 في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ وما بعدها ، د. اسماعيل غانم في المرجع
 السابق ص ١٣١ ، د. حسن كيرة في المرجع السابق ص ٣٢٠ ،
 د. شفيق شحاتة في النظرية العامة للحق العيني ص ٨٧ ط سنة ١٩٥١
 د. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، د. منصور
 مصطفى منصور في المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ د. عبد المنعم فرج في
 المرجع السابق ص ٩٢ ، د. نزيه صادق المهدي في الملكية في النظام
 الاشتراكي ص ٦٧٤ ط سنة ١٩٧١ ، د. محمد علي عرفة في المرجع

المسئولية عن الغلو وهو الحال في فرنسا * اذ التقنين المدني الفرنسي قد جاء خطأ من نص يماثل في الحكم نص المادة ٨٠٧ من التقنين المدني المصري * والحال في مصر ، على ما هو واضح قاطع بوجود هذا النص ولا مجال لأى خلاف اللهم الا بصدد تأصيل هذا النص ورده الى وجه معين من أوجه المسؤولية (١٤) *

تأصيل مسؤولية المالك في القانون المدني المصري :

اختلف الفقه المصري حول تكييف الرجوع وبيان صلته بالأنظمة القانونية الأخرى وذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

ذهب بعض شراح القانون المدني المصري (١٥) الى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة انما ترجع الى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمالك اذى يلحق بجاره ضررا غير مألوف يكون متعسفا في استعمال حق ملكيته ، قائلين ان المادة ٨٠٧ مدنى تضيف معيارا جديدا لمعايير التعسف المخصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني وهى :

١ - اذا لم يقصد بهعله سوى الاضرار بالمغير *

السابق ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، د.١ ، توفيق حسن فرج فى المرجع السابق

ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، د.١ ، طلبية وهبة فى المرجع السابق ص ٩٣ وما بعده

الاستاذ حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٣ وما بعدها *

(١٤) انظر : د.١ ، طلبية وهبة السابق ص ٩٣

(١٥) انظر : د.١ ، حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٣٢٠

د.١ ، منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ ، حسين

عامر السابق ص ٢٥٤ *

٢ - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣ - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

وفي ذلك يقول بعض أصحاب هذا الرأي بصدد معايير التعسف في استعمال الحق : « فكل المعايير التي وضعها الفقهاء أو تشير إليها القواضين ، لم ترد على سبيل الحصر ، بل هي للاسترشاد بها والقياس عليها . ولقد أشار القانون المدني بالفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ إلى معيار تجاوز الضرر عن الحد المألوف في شأن مضار الجوار . وليس ثمت ما يمنع القضاء - أن أمكن - من استنباط معايير أخرى ، بحسبما تستلزمه وقائع ومنازعات ما يطرح عليه من منازعات . وكذلك لسنا نرى أن مضار الجوار في القانون المدني تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ لو كان الأمر كذلك فماذا عساها أن تكون . وإذا كان الضرر الفاحش خروجاً عن حدود الحق ، فإن هذا الخروج هو العسف بعينه أو هو صورة من الصور المحددة التي تقع بها إساءة استعمال الحق » (١٦) بل لقد ذهب البعض (١٧) إلى اعتبار المادة ٨٠٧ مدنى تطبيقاً بالذات للفقرة (ب) من المادة الخامسة التي تقول ان استعمال الحق يكون غير مشروع إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . وواضح أن هذا التصعيد الأخير محل نظر كبير . فمسئولية الجار تحقق حتى ولو كان الضرر الذي عاد على الجار قليلا لا يتناسب مع ما يجنيه المالك من نفع كبير (١٨) .

(١٦) الأستاذ حسين عامر في المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(١٧) انظر انظر : د.٠٠١ محمدي عرفة في المرجع السابق ص ٢٤٦ .

(١٨) انظر : د.٠٠١ أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١٣ .

نقد هذا الرأي :

أول ما يؤخذ على هذا الرأي أن صور التعسف التي وردت في المادة الخامسة من القانون المدني المصري ، لا يمكن أن تستجيب لاسئولية المالك عن الغلو في استعمال حق الملكية ، اذ المالك وقد غالى فانه يستعمل حق الملكية دون أن يعتمد الأضرار بالجار ، كما أنه لا يمكن القول بأن المصالح التي يرمى الى تحقيقها من وراء استعماله لحق الملكية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها ، وكذلك لا يمكن أن يقال بأن المصالح التي يرمى الى تحقيقها من وراء هذا الاستعمال غير مشروعة . ولكن الذي يقال في هذه الحالة أن المالك وقد غالى إنما قصد بذلك تحقيق مصلحة جدية ومشروعة ولها أهميتها التي تفوق الضرر .

وبخلاصة ذلك أن للتعسف صوراً ينبغي ألا نتمعدها وهي صور لا تدرج تحتها حالة المسئولية عن المضار غير المألوفة (١٩) .

وبالإضافة الى ما تقدم وحتى على فرض التسليم بما جاء بهذا الرأي السابق ، فإن ذلك يؤدي الى خلط في الأمور ما كان ينبغي (٢٠) ، وكل حالة منهما تختلف من زاوية جسامه الضرر الموجب للجبر بالتعويض . إذ لا جبرية إلا للضرر غير المألوف وهو ضرر فاجئ في نطاق مسئولية المالك على أساس المادة ٨٠٧ مدني بينما يمكن جبر الضرر بتعويضه مهما كان ضئيلاً في إطار فكرة التعسف ومادامت الأمور كذلك ، فكيف السبيل الى جبر الضرر غير المألوف على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق ؟ سؤال يبقى على الرغم من كل ما تقدم بحاجة الى اجابة . أن

(١٩) انظر : ٥٠١ د. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٥ .

٥٠١ د. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣١ هامش (١) .

(٢٠) انظر : ٥٠١ د. طلبه زهبة في المرجع السابق ص ١٠٠ .

هذا الاتجاه يؤدي الى توسيع دائرة التعسف في استعمال الحق ويضغى عليها قدرا من الغموض وعدم التحديد تصبح معه غير واضحة ويستحيل الوقوف مقدما على معيار يسعف في التعرف عليها .

الرأى الثانى :

يرى بعض الفقهاء أن هذا الخلاف ليس له أهمية عملية في القانون المدنى المصرى الخالى ، نظرا لوجود هذا النص الصريح على عدم الغلو في استعمال المالك للملكه . مع ملاحظة أن التعسف في استعمال الحق يعتبر وفقا للرأى الراجح صورة من صور الخطأ التقصيرى (٢١) . فالغلو بطبيعته هنا يعتبر خروجا عن حدود هذا الحق ، والخطأ كما هو أساس لمنع التعسف يعتبر أيضا أساسا لمنع الغلو في استعمال الحق . وبناء على ما سبق فلا أهمية لتحديد ما اذا كان الغلو في استعمال الملكية خروجا عن حدود هذا الحق أو تعسفا في استعماله لأن أساس المسؤولية في كلتا الحالتين واحد وهو الخطأ .

الرأى الثالث :

ذهب جمهور الفقه المصرى (٢٢) الى أن مسؤولية المالك عن الغلو

(٢١) انظر : د. جميل الشرقاوى فى المرجع السابق ص ٩٦ ، د. سليمان مرقس فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات ص ٣٥٣ ط ١٩٦٤ ، د. محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ص ٢٢٦ هامش (١٤) ، د. عبد المنصور العطار فى المرجع السابق ص ٣٦ هامش (١) .

(٢٢) انظر : د. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٧ ، د. شفيق شحاته فى المرجع السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٤ ، ١١٥ ، د. اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣١ ، د. عبد المنعم البهراوى فى المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصلحة فى المرجع السابق ص ٩٢ .

في استعمال في ملكه أصبحت واضحة المعالم طبقا لنص المادة ٨٠٧ فلا داعي للاختلاف في ظل القانون المدني الجديد فالمسئولية هنا قائمة على أساس أن الغلو في استعمال حق الملكية هو خطأ باعتبار أن المادة ٨٠٧ مدنى تنشئ التزاما قانونيا على المالك بعدم الاضرار بالجار ضررا غير مألوف أو توردا قيدا على حق الملكية هو ألا يغلو المالك في استعمال هذا الحق •

غير أن الحال لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : اذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدنى ينشئ التزاما قانونيا في جانب المالك بعدم اصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك في هذا القول على اخلال المالك بهذا الالتزام القانوني فوجب عليه التوفيز • ويكون المالك الذى ألحق بجاره ضررا غير مألوف قد خرق التزامه القانوني ، فخالف القانون المعتاد • وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك • فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعه نشاطه فهو الذى يفيد من استعماله ملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعه هذا الاستعمال ، والغرم بالتزام (٢٣) •

غير أن هذا القول كما يرى بعض الفقهاء (٢٤) بحق يحتوى على نوع من المصادرة على المطلوب • فهو قد بدأ من اعتبار المالك لم يخطئ مع أن المطلوب اثباته هو هل أخطأ أو لم يخطئ ؟ وليس بمانع من

٥٠٢. محمد جمال الدين زكي في المرجع السابق ص ٧١ ، ٥٠١. توفيق حسن فرج في المرجع السابق ص ١٤٩ ، ٥٠١. طلبية وهبة السابق ص ١٠٠ ، ٥٠٩. شنب في المرجع السابق ص ٢٣٦ •
(٢٣) انظر : ٥٠١. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٧ •
(٢٤) انظر ٥٠١. أحمد سلامة السابق ص ١١٥ •

الخطأ أن يكون المالك لم يشذ عن مسلك الرجل المعتاد . فمعيار الرجل المعتاد انما يرجع اليه عند وجود نص يحرم مسلكا معينا . أما عند وجود هذا النص فان هذا المسلك يعتبر خطأ حتى ولو كان لا ينطوي على أى شذوذ بالنسبة لمسلك الرجل المعتاد ، اذ تكون بضد التزام قانوني يعتبر مجرد الاخلال به خطأ . ويكون هذا الالتزام ببلوغ غاية لا ببذل عناية ، بمعنى أن المالك يحاسب على الضرر غير المألوف بمجرد وقوعه ، ولا يعصمه من المسؤولية اثبات أنه بذل العناية الواجبة لتفوق هذا الضرر فلم يفلح . ليس بمانع من هذا الخطأ أيضا أن المالك لا يحاسب على الأضرار المألوفة . فالنص الصريح قد أعفاه من المسؤولية عنها . واذا كان الأمر كذلك فأننا نفضل مع البعض الصياغة الثانية والتي سنذكرها حالا في الأمر الثاني .

الأمر الثاني :

نفضل مع البعض (٣٥) أن المادة ٨٠٧ مدني تتضمن قييدا على استعمال حق الملكية مؤداه امتناع المالك عن الغلو في هذا الاستعمال بصورة تلحق بالجوار ضررا غير مألوف . فهي مسئولية يملئها التضامن الاجتماعي بين الجيران وتتأسس على أن الغلو خروج على حدود الحق مما يعد خطأ تقصيريا يوجب المسؤولية .

(٢٥) انظر : د. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١٥ ، ١١٧ .
 د. اسماعيل غانم السابق ص ١٣١ ، د. عبد المنعم البدر اوى السابق ص ١٠٩ ، د. شفيق شحاته السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة السابق ص ٩٠ ، ٩١ ، د. محمود جمال الدين زكي السابق ص ٧١ ، د. توفيق فرج السابق ص ١٤٩ ، د. طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ .

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على القلوع

المطلب الأول : الجزاء المترتب على القلوع في الفقه الاسلامي :

ازالة الضرر الفاحش : (التنفيذ العيني) :

لا شك في أنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، والا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم كما سبق القول .
وانما للجار أن يرجع فقط في حالة المضار غير المألوفة أي الفاحشة متى توافرت الشروط المسالفة ذكرها ويكون للجار في هذه الحالة أن يطلب ازالة هذه المضار .

وقد نصت المادة ٦٠ من مرشد الحيران على أنه : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا » ولا تعنى ازالة المضار ، ازالة الاشآت . فقد تقضى المحكمة بازالة المضار التي تترتب للجيران عن طريق أمر المالك المسئول باجراء تعديل يؤدي الى ازالة الضرر ، مثل : تعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى ، أو نقل بعض الآلات من مكانها ، أو وضع عوازل للصوت ، أو أى اجراء من شأنه منع الضرر فتمثل هذه الحلول تقبلها الشريعة الاسلامية (١) .

وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر بصورة نهائية مثل غلق المصنع مثلا . أى أنه لا يمكن تلافى الضرر سوى بازالة مصدره ففي هذه الحالة يجبر المالك على الازالة .

(١) انظر : قرب هذا المعنى أ.د. محمد الحسيني حنفي في المدخل

لدراسة الفقه الاسلامي ص ١٨٩ ط رابعة سنة ١٩٨١ دار النهضة العربية

٥٠٢ . توفيق حسن فرج السابق ص ١٦٠ ، ٥٠٩ . نصر فريد واصل في

المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الاسلامية والفقه والتشريع ص ٢٠٤

ط أولى سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠ م .

ففي حالة استحداث بناء يسد الضوء عن الجار ، يكون لهذا الأخير أن يكلف من استحداث البناء برفعه دفعا للضرر. وقد نصت المادة ٦١ من مرشد الجيران على أن : « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » .

وإذا أحدث رجل في داره نافذة، أو أتمم بناء مجددا وجعل له فيه شبكا مطلا على مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فإنه يؤمر برفع الضرر ، كما أن يؤمر بسدها لأن الضرر في ذلك ظاهر .

وإذا بنى رجل طاحونة خيل ببيته وكان يقرص المسكة فوق الحيطان مقابل ريح الجار الذي حصل له ضرر من ريح الروث ووخم البهائم وقلق من إدارة الطاحونة ، فإنه يؤمر شرعا برفع الطاحونة ومنع الضرر (٢) .

وإذا غرس رجل أشجارا في أرضه . فشغلت ببعض أصولها أو فروعها هواء أرض جاره وأضررت به ضرا بينا ، فإن الفارس يكلف تقريغ هواء أرض غيره من فروع ما غرس أما بشد الفروع بحبل أن أمكن والا فبالقطع (٣) .

ولا يصح أن يدفع يقدم الضرر ، إذ لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت الملة الضرر المبين وهو يزال ولو قديما كما بينا .

كما نصت مجلة الأحكام العدلية على أمثلة أخرى للضرر غير المسألوف الذي يجب إزالته .

(٢) الفتاوى المهدية ج ٥ ص ٤٦٥ ط سنة ١٣٠١ هـ .

(٣) المرجع السابق ص ٤٦٧ .

فالمادة ١٢٠٠ تنص على ما يأتي : « يدفع الضرر بأى وجه كان ، مثلا لو اتخذت فى اتصال دار وكان حداد أو طاحون ، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحونة يحصل وهن للبناء ، أو أحدث فى جانبها فرن أو معصرة ، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكى ، فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان » .

وغير ذلك كثير من النصوص الفقهية والمواد المذكورة التى تدل على وجوب ازالة الضرر وهو (التنفيذ العينى) بلغة القانون .

المطلب الثانى

الجزاء المترتب على الغلو فى القانون المدنى

انتهينا فيما سبق بخصوص التأصيل الفنى لمسئولية المالك عن الغلو • أن ثمة مبدأ ضمنه المشرع الوضعى المادة ٨٠٧ مدنى مصرى : يتمتع على المالك بمقتضاه الغلو فى استعمال حق الملكية مما يحدث للجار ضررا غير مألوف والا كان متجاوزا هذا الحق مما يعد خطأ تقصيريا ، والمالك اذ يلتزم على هذا الوجه فانه التزام بامتناع عن القيام بعمل • وقد تصدى المشرع الوضعى صراحة للاخلال بهذا الالتزام بجزاء قرره فى الفقرة الثانية من النص المذكور وقد أجاز للجار أن يطلب ازالة المضار غير المألوفة • وغنى عن البيان أن هذه ازالة تعد تنفيذا عينيا للالتزام بالامتناع الذى جاء الضرر غير المألوف للجار اخلالا به •

ويصدر القاضى حكمه بالازالة اما بالقضاء على مصدر الضرر نهائيا كما لو قرر غلق مصنع أو هدم مدخنة واما بتعديل هذا المصدر على نحو يمنع عن الجار مستقبلا الضرر غير المألوف ، كما لو قرر تعديل قوامة المدخنة • وقد يحكم القاضى اضافة الى ما تقدم بالتعويض

النقدى وذلك حال عدم كفاية الازالة باعتبارها تعويضاً عينياً • فهو وإن كانت كافية باعتبارها كذلك فلا تكون الا بالنسبة للمستقبل غالباً وتبقى قاصرة وحدها عن جبر ما وقع في الماضي • اذ من المتعين أن يكون التعويض جابراً كل الضرر •

ويلاحظ أن الحكم بالازالة تقديري للقاضي ومن ثم ليس حتمياً ، خاصة اذا كان من شأنه أن يلحق بالجار الضرر الجسيم وقد يفضل حينئذ الحكم بالتعويض النقدي بدل الازالة(٤) •

ويجوز الجمع بين ازالة الضرر عينياً والتعويض النقدي ، كما يجوز الحكم بأحدهما أو تخيير المالك المسئول بين تنفيذ أحدهما فهذه مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع(٥) • ولا يحول دون الحكم بالازالة أو التعويض النقدي سبق حصول المالك المسئول على ترخيص اداري بنشاطه الذي نتج عنه الضرر غير المألوف لجيرانه ،

-
- (٤) انظر : د.أ. السنهوري في المرجع السابق ص ٧٠٨ ، ٧٠٩
 د.أ. أحمد سلامة السابق ص ١٢٣ ، د.أ. اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، د.أ. محمود جمال الدين زكي السابق ص ٧١ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، د.أ. شنب السابق ص ٢٤٠ ، ٢٤١
 استاذنا الدكتور عبد الناصر العطار السابق ص ٤١ ، د.أ. توفيق فرج السابق ص ١٥٩ - ١٦١ ، د.أ. طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ - ١٠٤
 (٥) انظر : د.أ. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧١٠ ، د.أ. شفيق شحاتة السابق ص ٨٨ هامش (٢) ، د.أ. حسن كيرة السابق ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، د.أ. اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، د.أ. عبد المنعم فرج المصدر السابق ص ٩٦ ، د.أ. أحمد سلامة السابق ص ١١٧ ، د.أ. شنب السابق ص ٢٤١ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن ص ٣٦ ، د.أ. عبد الناصر العطار ص ٤١ •

فالترخيص الإداري لا يحول تدين المسؤولية عن الأضرار غير المألوفة ولا يحول كذلك دون ما يترتب على هذه المسؤولية من إزالة أو تعويض نقدي طبقا للرأى الراجع .

خاتمة : بعد هذا العرض للجانب الشرعى والقانونى لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة نجد أن أحكام القانون مستمدة من أحكام الشريعة الغراء وفقا للرأى الراجع وهو تقبيد المالك فى استعماله للكله بعدم الأضرار بالغير سواء كان جارا ملاصقا أو بعيدا قريبا أو غريبا مسلما أو كافرا وسواء كان الضرر قديما أو حديثا .

تم بحمد الله وتوفيقه ،،

دكتور أبو الحسن إبراهيم على

مدرس القانون المحنى بكلية الشريعة والقانون

بأسسوط

القُرْبَات

أهداؤها الى الموتي والإيتجار عليها

دراسة فقهية مقارنة

د / حسين عبد المجيد حسين

المبحث الثالث (*)

هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه

بعد أن تحدثنا عن وصول ثواب القربات الى الميت أتحدث هنا عن هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه ؟ فأقول وبالله تعالى التوفيق .

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يجوز البكاء على الميت قبل الدفن وبعده بشرط ألا يصحب البكاء نوحا (١) أو جزعا أو قولاً يغضب الله عز وجل (٢) وذلك لما يأتي :

(*) بقية البحث المنشور في مجلة كلية البنات الإسلامية بأسبوط عام

١٩٩٠ العدد التاسع .

- (١) النباحة : هي رفع الصوت بالندب والندب تعديده الناحية بصوتها وذكرها لمحاسن الميت انظر الاذكار للامام النووي ١٣٤ .
- (٢) حاشية ابن عابدين ٦٠٤/١ طبعة احياء التراث العربي بيروت الشرح الكبير للامام الدردير ٤٢١/١ طبعة الحلبي ، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ١٥/٣ ، ١٦ طبعة دار الفكر بيروت ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٥٥/١ طبعة الحلبي . والمغنى لابن قدامة ٥٤٥/٢ طبعة مكتبة ابن تيمية

١ - ما رواه الترمذى بسنده الى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال يا ابراهيم انا لا تغنى عنك من الله شيئاً ثم ذرفت عيناه فقال له عبد الرحمن بن عوف يا رسول الله أبكى ؟ أو لم تنه عن البكاء ؟ قال - لا ولكن نهيت عن الفوح (٣) .

٢ - ما رواه الحاكم بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال لما مات ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم صاح أسامة بن زيد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس هذا منى وليس بصائح حق - القلب يحزن والعين تدمع ولا يغضب الرب (٤) .

٤ - ما رواه البخارى ومسلم : أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فاضت عيناه لما رفع اليه ابن بنته ونفسه تقمقع كأنها فى شنة (٥) قال له سعد ما هذا يا رسول الله ؟ قال هذه رحمة جعلها الله فى قلوب عباده - وانما يرحم الله من عباده الرحماء » .

٥ - وما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى جنازة فرأى عمر امرأة فصاح بها فقال النبى صلى الله عليه وسلم دعها يا عمر فان العين دامة والنفس مصابة والمهد قريب » .

فلو لم يكن البكاء جائزاً لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم عمر بتركها (٦) .

٦ - وما رواه النسائى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال زار رسول الله صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله .

(٣) سنن الترمذى ٣/٣١٨ وقال هو حديث حسن .

(٤) الحاكم فى المستدرک ١/٣٨٢ .

(٥) أى لها صوت وحشرجة كصوت ما القى فى قرية بالية صحيح

البخارى ٣/١٣٧ .

(٦) سنن ابن ماجه ١/٥٠٦ طبعة المكتبة العلمية بيروت .

وقال استأذنت ربى عز وجل فى أن استغفر لها فلم يؤذن لى واستأذنت فى أن أزور قبرها فأذن لى فزوروا القبور فإنها تذكركم الموت «(٧)» .
 وهذا الحديث ظاهر الدلالة على المدعى •

كما أنهم اتفقوا على أن الميت يعذب بنوح أهله عليه أو بفعلهم ما نهى الله تبارك وتعالى عنه ورسوله صلى الله عليه وسلم إذا كان قد أوصى بذلك أو كان البكاء سنة له واختيارا (٨) وذلك لأنه بايصاله يبرهن على أنه راض بما يصنعون ويحبوه وذلك يستوجب العقاب وأيضا إذا كان هذا البكاء سنة له فى حياته وكان يختاره وذلك لما رواه أنس ابن مالك رضى الله عنه — انه قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان العبد الميت إذا وضع فى قبره واقعد قال يقول أهله واسيداه واشريفاه وأميراه قال يقول الملك اسمع ما يقولون أنت كنت سيدا أنت كنت أميرا أنت كنت شريفا — قال — يقول الميت يا ليتهم يسكتون قال فيضط ضغطة تختلف فيه أضلاعه (٩) •

ويحمل هذا الحديث على أن الميت كان يختار ذلك ويرغب فيه —
 توفيقا بين الأحلة الواردة فى هذا الشأن •

وأما إذا لم يوص بشئ مصرم ولم يرغب فى شئ من ذلك ثم ناح عليه أهله أو شقوا جيوبهم أو لطموا خدودهم أو دعوا بدعاء الجاهلية فإنه لا يعذب بذلك كله لقول الله تبارك وتعالى

(٧) سنن النسائي ٩٠/٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، صحيح

مسلم ٦٥/٣ •

(٨) الخلاصة الفقهية على مناهج السادة المالكية ص ١١٢ طبعة دار القلم بيروت ونهاية المحتاج شرح المنهاج ١٦/٣ ، حاشية ابن عابدين ٦٠٤/١ ، والمغنى لابن قدامة ٥٤٥/٢ •

(٩) التذكرة للامام القرطبي ١١٢ طبعة دار الكتب العلمية •

« ولا تتر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للإنسان الا ما سعى
وأن سعيه سوف يرى » (١٠) •

فقد بينت هذه الآيات أن الله تبارك وتعالى لا يؤاخذ الانسان
بجريرة غيره والنوح ولطم الخدود وما الى ذلك بغير ايحاء أو رضا
منه ، ولا بأمره فلا يؤاخذ عليه هذا ما يقتضيه عدل الله تبارك
وتعالى •

أما ما رواه الترمذى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما أنه
قال — قال النبی صلى الله عليه وسلم ان الميت يعذب ببكاء أهله
عليه (١١) •

ففيه وهم في الفهم كما قالت السيدة عائشة رضى الله عنها حيث
قالت أما أن ابن عمر رضى الله عنهما لم يكذب ولكنه أخطأ أو نسي
انما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على يهودية وهى يبكى عليها
أهلها فقال صلى الله عليه وسلم انهم يبكون عليها وانها لتعذب في قبرها
فظن ابن عمر رضى الله عنهما أن كل ميت سواء كان مسلماً أو يهودياً
يعذب ببكاء أهله عليه •

يضاف الى ذلك أن الامام الشافعى رضى الله عنه قال ان ما روته
السيدة عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشبه
أن يكون محفوظاً عنه صلى الله عليه وسلم بدلالة الكتاب والسنة —
فدلالة الكتاب قول الله تبارك وتعالى

« ان الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى » (١٢) •

(١٠) سورة النجم الآيات ٢٨ : ٤٠ •

(١١) سنن الترمذى ٣/٣١٨ •

(١٢) سورة طه آية رقم ١٥ •

وقوله تبارك وتعالى —

« فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره » (١٣) •

ودلالة المسنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لرجل ابنك هذا ؟ قال نعم قال أما أنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه « فأعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما أعلم الله من أن جناية كل امرئ عليه كما أن عمله له لا لغيره ولا عليه •

وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لما مات عمر بن الخطاب رضى الله عنه قلت لعائشة رضى الله عنها أن عمر رضى الله عنه كان يقول ان الميت ليعذب ببكاء أهله عليه — فقالت يرحم الله عمر لا والله ما حدث رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ولمسكه قال ان الله يزيد الكافر عذاباً ببكاء أهله عليه (١٤) •

وبعد فانه يجب على كل مؤمن ان يوصى أهله بعدم البكاء عليه ويتبرأ من ذلك قبل موته حتى ينجو من أعمالهم ومخالفاتهم بعد موته •

المبحث الرابع

حكم زيارة القبور

اتفق الأئمة الأربعة على أن زيارة الرجال للقبور أمر جائز (١)

(١٣) سورة الزلزلة ٧، ٨ •

(١٤) اختلاف الحديث للامام الشافعى ص ١٦٢ طبعة دار الكتب

العلمية بيروت •

(١) وذهب الحنفية الى أن الزيارة للرجال مندوبة وذهب غيرهم من الفقهاء الى أنها مباحة حاشية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، الشرح الكبير للامام الدردير ١/٤٢٢ ، معنى المحتاج شرح المنهاج ١/٣٦٤ ، المغنى لابن قدامة ٢/٥٦٤ •

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « انى كنت نهيتكم عن زيارة القبور — فزوروها فانها تذكركم الموت » (٢) وفي لفظ آخر للنسائي — « فانها تذكر الآخرة ولا تقولوا هجرا » (٣) .

وقد كان المصطفى صلى الله عليه وسلم يأتى قبور الشهداء بأحد على رأس كل حول فيقول « السلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار » وكان يقول صلى الله عليه وسلم — « ما من أحد يمر بقبر أخيه المؤمن كان يعرفه في الدنيا فسلم عليه الا عرفه ورد عليه السلام » .

كما أنهم اتفقوا على أن زيارة النساء للقبور ان كانت لتجديد الحزن والبكاء والندب ولطم الخدود وشق الجيوب وما الى ذلك من الأمور المنهى عنها شرعا فان هذه الزيارة غير مشروعة (٤) وذلك لمنافاة هذه الأفعال للمقصود من زيارة المقابر وهو الاعتبار والاتعاظ وتذكر الآخرة يضاف الى ذلك أن هذه الأفعال منهى عنها شرعا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » (٥) .

ثم اختلفوا بعد ذلك في حكم زيارة النساء للقبور اذا خلت عن الأمور المنهى عنها شرعا على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن زيارة النساء للقبور في هذه الحالة مكروهة وذلك لما يأتى :

(٢) صحيح مسلم ٨٢/٦ ، سنن أبى داود ٧٢/٢ .

(٣) والهجر (بضم الهاء وسكون الجيم) : هو الكلام القبيح الذى

ينافى الاسلام — سنن النسائي ٨٩/٤ .

(٤) مراقى الفلاح على نور الايضاح ١٠٣ طبعة الحلبي ، والشرح

الكبير للامام الدردير ٤٢٢/١ ونهاية المحتاج ٣٦/٣ ، المغنى لابن قدامة

٥٦٤/٢ .

(٥) صحيح البخارى ١٢٧/٣ .

١ — ان النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن زيارة القبور فقال كنت نهيتكم عن زيارة القبور ثم قال بعد ذلك « فزوروها » والضمير هنا عائذ الى الرجال دون النساء على الرأى المختار فتكون الزيارة مستحبة للرجال مكروهة للنساء .

٢ — ما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهما انهما قالوا « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوارات القبور » (٦) .

وهذا يدل على أن زيارة النساء للقبور منهي عنها لأن اللعن يقتضى ذلك .

وذهب الحنفية فى الأصح الى أن زيارة النساء للمقابر مندوبة ووافقهم المالكية فى جواز زيارة النساء للمقابر (٧) اذا كن لا ارب للرجال فيهن — وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم — «كنت نهيتكم عن زيارة القبور — فزوروها » وقوله صلى الله عليه وسلم زوروا القبور فانها تذكركم الاخرة « (٨) .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن زيارة القبور كان فى بادئ الأمر وكان ذلك شاملا للرجال والنساء معا فيكون قوله صلى الله عليه وسلم فزوروها عائدا الى الجنسين جميعا ضرورة لأن هذا هو الظاهر ولو أراد صلى الله عليه وسلم غير ذلك لبينه اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه ويؤيد ذلك ما رواه البيهقى بسنده

(٦) سنن ابن ماجه ١/٥٠٠ .

(٧) حاشية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، مراقى الفلاح ١٠٣ ، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير ١/٤٢٢ .

(٨) سنن ابن ماجه ١/٥٠٠ .

الى عبد الله بن أبى مليكة انه قال ان عائشة رضى الله عنها أقبلت ذات يوم من المقابر فقلت لها يا أم المؤمنين من أين أقبلت ؟ قالت من قبر عبد الرحمن بن أبى بكر فقلت لها أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن زيارة القبور ؟ قالت نعم ثم أمر بزيارتها (٥) وفي رواية عنها أخرى «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في زيارة القبور» (١٠) •

وما رواه البخارى بسنده الى أنس بن مالك رضى الله عنه انه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بامرأة عند قبر وهى تبكى فقال لها اتقى الله واصبرى فقالت اليك عنى فانك لم تصب بمصيبتى فقال ولم تعرفه — فقيل لها هو رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها مثل الموت فانتت باب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تجد عنده جوابين فقالت يا رسول الله انى لم أعرفك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصبر عند أول الصدمة «(١١) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر على المرأة قعودها عند القبر وتقريره حجة فدل ذلك على مشروعية زيارة النساء للقبور • وبعد فانى أرى أن رأى المختار هنا هو ما ذهب اليه الحنفية من أن زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على السواء مادامت خالية من عدم الجلوس على المقابر والأكل والشرب والضحك واللعب والهزل لما ذكروه من أدلة يضاف الى ذلك أن زيارة القبور انما شرعت من أجل ترقيق القلوب وتذكر الآخرة والاعتبار بحال الموتى وتلك علة يشترك فيها الرجال والنساء على السواء •

والله أعلم

(٩) سنن البيهقى ٧٨/٤ •

(١٠) سنن ابن ماجه ٥٠٠/١ •

(١١) صحيح البخارى ١١٥/٣ •

المبحث الخامس

سماع الموتى لكلام الأحياء — وعذابهم

ونعيمهم في قبورهم

قبل الحديث عن هذا المبحث أقول : قد يقول قائل ان سماع الموتى في قبورهم وعذابهم ونعيمهم حكم عقائدى وليس عمليا فكيف يبحث عنه في علم الفقه ؟

والجواب عن هذا : أن محل البحث هنا هو ما يتصل بذلك من عمل المكلفين وهو أنه اذا كان الأموات يسمعون جاز توجيه الخطاب اليهم — وتلقينهم الشهادتين في قبورهم •

واذا كانوا يعذبون نحب الدعاء لهم بتخفيف العذاب وحاول النعيم • وبعد هذا أقول وبالله تعالى التوفيق •

اختلف العلماء في سماع الموتى لكلام الأحياء على مذهبين في الجملة :

فذهب أكثر أهل العلم ومنهم ابن عبد البر وابن جرير الطبري وابن قتيبة وابن القيم وابن رجب الحنبلي الى أن الأموات يسمعون كلام الأحياء •

وذهب بعض العلماء ومنهم القاضي أبو يعلى من الحنابلة، وعائشة رضى الله عنها الى أن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء (١) •

(١) الروح لابن القيم ٦٠ طبعة مكتبة المدني كشاف القناع ١٩٩٠/٢
مراقى الفلاح ١٠٣ ، التذكرة للإمام القرطبي ٢٦٤ ، طبعة المكتبة التوفيقية
الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبي ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب ، تفسير
الفخر الرازي ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر •

الأدلة

استدل القائلون بأن الأموات يسمعون كلام الأحياء بالسنة والأثر .
— أما السنة فمنها :

١ — ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أبى طلحة رضى الله عنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلا من صناديد قريش فألقوا في طوى من أطواء بدر فناداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسماهم بأسمائهم — يا أبا جهل ، ابن هشام ، يا أمية بن خلف ، يا عتبة بن ربيعة ، يا شيبة بن ربيعة ، يا فلان بن فلان أليس قد وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ، فأننى وجدت ما وعدنى ربي حقا ، فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أروح لها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ، ولكنهم لا يجيبون » (٢) . ويسمى هذا الحديث بحديث القلب .

٢ — ما رواه ابن حبان في صحيحه واللفظ له — والطبرانى في الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : إن الميت إذا وضع في قبره أنه ليسمع قرع نعالهم حين يولون فإن كان مؤمنا كانت الصلاة عند رأسه وكان الصيام عن يمينه وكانت الزكاة عن يساره وكان فعل الخيرات من الصدقة والصلة والمعروف والاحسان الى الناس عند رجله ، فيؤتى من قبل رأسه فتقول الصلاة : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى عن يمينه فيقول الصيام : ما قبلى مدخل ، ثم يساره فتقول الزكاة : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى من قبل رجله فيقول فعل الخيرات من الصدقة والصلة

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٩٨/٨ ، ٢٩٩ ط دار

المعرفة — بيروت — صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٦/١٧ ، ٢٠٧ ط دار
الفكر — بيروت .

والمعروف والاحسان الى الناس : ما قبلى مدخل ، فيقال له : اجلس ، فيجلس وقد مثلت له الشمس قد دنت للغروب فيقال له : هذا الرجل ، ماذا تقول فيه ؟ فيقول : " دعونى أصلى ، فيقولون له : انك ستفعل ، أخبرنا عما نسألك عنه ، قال عم تسألونى ؟ قالوا : ما نقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم وبم تشهد عليه ؟ فيقول أشهد أنه رسول الله وأنه جاء بالحق من عند الله فيقال له على ذلك حييت وعلى ذلك مت وعلى ذلك تبعث ان شاء الله تعالى ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : " انظر الى مقعدك من الجنة وما أعد الله عز وجل لك فيها فيزداد غبطة وسرورا ثم يفسح له فى قبره سبعون ذراعا وينور له ويعاد الجسد كما بدىء ويجعل نسمة من النسيم الطيب وهى طائر تعلق فى شجر الجنة ، فذلك قوله تعالى :

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة » (٣) ٥٥٥ الآية •

وان الكافر اذا أتى من قبل رأسه لم يوجد شئ ثم أتى عن يمينه فلا يوجد شئ ثم أتى عن شماله فلا يوجد شئ ثم أتى من قبل رجله فلا يوجد شئ ، فيقال له : اجلس ، فيجلس مرعوبا خائفا فيقال : أرايتك هذا الرجل الذى كان فيكم ماذا تقول فيه ؟ وماذا تشهد عليه ؟ فيقول : أى رجل ؟ ولا يهتدى لاسمه ، فيقال له : محمد ، فيقول : لا أدرى سمعت الناس قالوا قولاً فقلت كما قال الناس ، فيقال له على ذلك حييت وعليه مت وعليه تبعث ان شاء الله ، ثم يفتح له باب من أبواب النار فيقال له : هذا مقعدك من النار وما أعد الله لك فيها فيزداد حسرة وثبورا ، ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : هذا مقعدك منها وما أعد الله لك فيها لو أطعته ، فيزداد

حسرة وثبورا ثم يضيّق عليه قبره حتى تختلف فيه أضلاعه ، وتلك المعيشة الضنكة التي قال الله (*)

« فان له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى » (٤) •

٣ — ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : العبد اذا وضع فى قبره ، وتولى وذهب عنه أصحابه حتى انه يسمع قرع نعالهم أتاه ملكان فاقعداه فيقولان له : ما كنت تقول فى هذا الرجل محمد ؟ فأما المؤمن فيقول : أشهد أنه عبد الله ورسوله ، فيقال له : انظر الى مقعدك من النار أبذلك الله به مقعدا من الجنة ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : فرأهما جميعا ، وأما الكافر والمنافق فيقول : لا أدرى كنت أقول ما يقول الناس ، فيقال له : لأدريت ولا وعيت ثم يضرب بمطرقة من حديد ضربة بين أذنيه فيصيح صيحة يسمعها من يليه الا الثقلين » (٥).

٤ — ما رواه الطبرانى بسنده الى أبى أمامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات أحد من اخوانكم فسويتم عليه التراب — فليقم أحدكم على رأس القبر ثم ليقل — يا فلان ابن فلانة (٦) يسمعة ولا يجيب ثم يقول يا فلان ابن فلانة فانه يستقوى قاعدا — ثم يقول يا فلان ابن فلانة فانه يقول أرشدنا رحمك الله — ولكن لا تشعرون فليقل.

(*) سورة طه آية ٥٥ •

(٤) الترغيب والترهيب للحافظ المنرى ١٦٨/٦ ، ١٦٩ ، ١٧٠

الطبعة الأولى — مطبعة السعادة •

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٠٥/٣ ، ٢٠٦ ، الطبعة السابقة — صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٣/١٧ ، ٢٠٤ — الطبعة السابقة (٦) ان النسبة الى الأمهات وان الانسان ينادى بامه — يا فلان ابن فلانة ليست بصحيحة لا فى الدنيا ولا فى الآخرة والحديث المذكور هنا ضعيف ولا يقوى على معارضة حديث « ينصب لكل غادر لواء يقال هذه

غدره فلان بن فلان » •

أذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأنت رضىت بالله ربا وبالإسلام ديناً وبمحمد نبياً وبالقرآن إماماً فان منكراً ونكيراً يأخذ كل واحد منهما بيد صاحبه ويقول انطلق بنا ما يقعدنا عند ما لقن حجة فيكون الله حجيجهما دونه — قال رجل يارسول الله فان لم يعرف أمه — قال — ينسبه الى حواء يا فلان أبين حواء « (٧) » •

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أن هذه الأحاديث بينت في وضوح وجلاء أن الأموات يسمعون كلام الأحياء وانهم يتكلمون في قبورهم فدل ذلك على المدعى • وأما الأثر :

فقد روى أنه لما حضرت عمرو بن العاص الوفاة قال — إن حوله اجلسوا عند قبري قدر ما ينحر جزور ويقسم فأنى أستأنس بكم « (٨) » • واستدل القائلون بأن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء بقول الله . تبارك وتعالى :

« وما أنت بمسمع من في القبور » (٩) وقوله تعالى :

« فانك لا تسمع الموتى ولا تسمع الصم الدعاء اذا ولوا مدبرين » (١٠) •

(٧) نيل الأوطار للشوكاني ١/٤ : ١٠٢ طبعة الحلبي •

(٨) المغنى لابن قدامة ٢/٥٠٥ •

(٩) سورة فاطر الآية رقم ٢٢ •

(١٠) سورة الروم الآية رقم ٥٢ •

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

أن الله سبحانه وتعالى قال لحبيبه محمد صلى الله عليه وسلم
وما أنت بمسمع من في القبور ونفى في الآية الثانية سماع الأموات
لكلام الأحياء فدل ذلك على أن الأموات لا يسمعون :
ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أنه لبس هناك تعارض بين ما جاء في هذه الآيات
وما ورد في أدلة الفريق الأول لأنه من الجائز أن يكون الأموات يسمعون
في وقت ما أوفى حال ما فإن تخصيص العموم ممكن وصحيح إذا وجد
المخصص والمخصص موجود وهو ما سبق ذكره من أحاديث الفريق
الأول .

الوجه الثاني : أن الآيات إذا جاءت في سياق خطاب المكفار الذين
لا يستجيبون للهدى والايمان اذا دعوا اليه كما قال الله تبارك وتعالى:
« ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون
بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها .. الآية » (١١) .

نفى هذه الآية الكريمة نفى الابصار والسماع عنهم لأن الشيء قد
ينفنى لانتفاء فاعثته وثمرته فإذا لم ينتفع المرء بما سمعه وأبصره
فكأنه لم يسمع ولم يبصر وسماع الموتى هو بمثابة هذا — وكذلك سماع
الكفار إن دعاهم الى الايمان والهدى (١٢) .

أو أن المراد أنك لا تهدي بنفسك الكفار لأنهم كالموتى وانت
لا تسمع بنفسك الموتى وانما المسمع ايهم هو الله تبارك وتعالى كما

(١١) سورة الأعراف آية رقم ١٧٩ .

(١٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبي ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب

تفسير الفخر الرازي ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر .

في قوله تعالى لحبيبه صلى الله عليه وسلم :

« انك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء » (١٣) •

الوجه الثالث : انه قد روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها انها قالت ما ينافي رأيها السابق فقد روى عنها قالت ما من رجل يزور اخاه ويجلس عنده الا استأنس به ورد عليه حتى يقوم (١٤) •

وبعد : فان الرأي المختار هنا — هو القول بأن الموتى يسمعون كلام الأحياء ويتكلمون في قبورهم جمعا بين الأدلة الواردة ، في هذا الشأن • ولكن هل يعذب الموتى في قبورهم ويتنعمون •
نعم لقد — اثبتت الأدلة الشرعية ذلك منها •

١ — قول الله تبارك وتعالى :

« النار يعرضون عليها غدوا وعشيا ويوم تقوم الساعة ادخلوا آل فرعون أشد العذاب » (١٥) •

فهذه الآية تدل على أن الكفار يعرضون على النار في قبورهم غدوا وعشيا فدل ذلك على عذاب القبر •

٢ — وما رواه النسائي بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا ان أحدكم اذا مات عرض عليه مقعده بالخداة والعشى ان كان من أهل الجنة فمن أهل الجنة وان كان من أهل النار فمن أهل النار حتى يبعثه الله عز وجل يوم القيامة (١٦) •

(١٣) سورة القصص الآية رقم ٥٦ •

(١٤) كتاب الروح لابن القيم ٥ طبعة مكتبة المدني •

(١٥) سورة غافر الآية رقم ٤٦ •

(١٦) سنن النسائي ١٠٧/٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت •

٣ - ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما
 قال - مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبرين فقال انهما
 يعذبان وما يعذبان في كبير اما هذا فكان لا يستنزه من البول وأما هذا
 فكان يمشى بالنميمة ثم دعا بعسيب رطب فشقه اثنين ثم غرس على هذا
 واحدا وعلى هذا واحدا وقال - لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا « (١٧) »

٤ - وما رواه الامام أحمد بسنده الى البراء بن عازب رضى الله
 عنه قال - خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة رجله
 من الأنصار فانتبهنا الى القبر - ولما يلحد - فجلس رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وجلسنا حوله كأنما على رؤوسنا الطير فجعل يرفع بصره
 ينظر الى السماء ويخفض بصره وينظر الى الأرض ثم قال : « أعوذ
 بالله من عذاب القبر » قالها مرارا ثم قال - ان العبد المؤمن اذا كان
 في اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا جاءه ملك فجلس عند رأسه
 فيقول اخرجي ايتها النفس المطمئنة الى مغفرة من الله ورضوان فتخرج
 نفسه وتسيل كما يسيل قطر السماء وتنزل ملائكة من الجنة بيض
 الوجوه كأن وجوههم الشمس معهم أكفان من اكفان الجنة وحنوط
 من حنوطها فيجلسون منه مد البصر فاذا قبضها الملك لم يدعوها في يده
 طرفه عين فذلك قواه تعالى :

« توفته رسلنا وهم لا يفرطون » (١٨) *

قال فتخرج نفسه كأطيب ريح وجدت غتخرج بها الملائكة فلا يأتون على
 جند بين السماء والأرض الا قالوا ما هذه الروح فيقال فلان فلان بأحسن
 اسمائه حتى ينتهوا به الى باب السماء الدنيا فتفتح له ويشيعه من كل
 سماء مقربوها حتى ينتهي بها الى السماء السابعة فيقول اكتبوا كتابه
 في عليين ،

(١٧) سنن أبي داود ٦/١ طبعة دار احياء السنة بيروت *

(١٨) سورة الانعام الآية رقم ٦١ *

« وما أدراك ما عليون ، كتاب مرقوم ، يشهده المقربون » (١٩) •
 فيكتب كتابه في عليين ثم يقال : روحه الى الأرض فأنى وعدتهم أنى
 منها خلقناهم وفيها نعيدهم ومنها نخرجهم تارة أخرى فتد الى الأرض
 وتعاد روحه في جسده فيأتيه ملكان شديدا الانتهاز فينتهرانه ويجلسانه
 فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : ربى الله ودينى الاسلام
 فيقولان : فما تقول في هذا الرجل الذى بعث فيكم ؟ فيقول : هو رسول
 الله ، فيقولان : وما يدريك ؟ فيقول : جاءنا بالبينات من ربنا فأمنت به
 وصدقته ، قال وذلك قوله عز وجل

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي
 الآخرة » (٢٠) •

قال : وينادى مناد من السماء قد صدق عبدى فألبسوه من الجنة
 وافرشوا له منها وأروه منزله منها فيلبس من الجنة ويفرش منها ويرى
 منزله منها ويفسح له مدبصره ويمثل له عمله في صورة رجل حسن
 الوجه طيب الريح حسن الثياب فيقول : أبشر بما أعد الله عز
 وجل لك أبشر برضوان الله وجنات فيها نعيم مقيم فيقول بشرك
 الله بخير ، من أنت ؟ فوجهك الوجه الذى جاءنا بالخير فيقول : هذا
 يومك الذى كنت توعده والأمر الذى كنت توعده وأنا عمك المصالح
 هو الله ما علمتك الا كنت سريعا في طاعة الله بطيئا عن معصية الله
 فجزاك الله خيرا • فيقول يارب أقم الساعة كى أرجع الى أهلى ومالى
 قال : وان كان عاجزا وكان في اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا (*)
 ملك عند رأسه فقال :

اخرجنى أيتها النفس الخبيثة أبشرى بسخط الله وغضبه فتنزل
 ملائكة سود الوجوه معهم مسوح فاذا قبضها الملك قاموا فلم يدعوها

(١٩) سورة المطففين الآيات ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ (٢٠) سورة ابراهيم الآية ٢٧
 (*) أى إذا دنا أجلا وصارنى حالة الآخرة ، انقطع الربانى عند الامام

في يده طرفة عين قال : فتفرق في جسده فتستخرجها تقطع معها العروق والعصب كلسفود الكبير الشعب في الصوف المبلل فتؤخذ من الملك فتخرج كأنتن ريح وجدت فلا تمر على جند فيما بين السماء والأرض الا قالوا : ما هذه الروح الخبيثة ؟ فيقولون : هذا فلان بأسوا أسمائهم حتى ينتهوا الى السماء الدنيا فلا يفتح له فيقول : ردوه الى الأرض فاني وعدتهم أني منها خلقتهم وفيها أعيدهم ومنها أخرجهم تارة أخرى •

قال : فيرمي به من السماء قال : فتلا هذه الآية
 « ومن يشرك بالله فكأنما خر من السماء فتخطفه الطير أو تهوى به الريح في مكان سحيق » (٢١)

قال ويعاد الى الأرض وتعاد فيه روحه ويأتي ملكان شديداً الانتهاز فينتوران ويجلسانه فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : لا أدري • فيقولان : فما تقول في هذا الرجل الذي بعث فيكم ؟ فلا يهتدى لاسمه فيقول : لا أدري ، سمعت الناس يقولون ذلك ، قال : فيقال : لا دريت ، فيضيق عليه قبره حتى تختلف أضلاعه ويمثل له عمله في صورة رجل قبيح الوجه مذتن الريح قبيح الثياب فيقول : أبشر بعذاب من الله وسخطه فيقول : من أنت فوجهك الوجه الذي جاء بالشر فيقول : أنا عملك الخبيث والله ما علمتك الا كنت بطيئاً عن طاعة الله سريعاً الى معصية الله ثم قال : فيقيض له ملك أصم أبكم معه مرزبة لو ضرب بها جبل صار تراباً — أو قال رميماً — فيضربه بها ضربة يسمعها الخلائق الا الثقليين ثم يعاد فيه الروح فيضرب ضربة أخرى » (٢٢) •
 نسأل الله العفو والعافية وحسن الخواتيم
 وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم •

(٢١) سورة الحج الآية ٣٦ •

(٢٢) الفتح الرباني شرح مسند الامام أحمد ٧/٧٤ وما بعدها ط

دار احياء التراث العربي •

الفصل الثانى

الاستئجار على أداء القرب

ان شأن المسلم دائما أن يتحرى الاخلاص فى عبادته والكسب الحلال ولما كان موضوع الاستئجار على أداء القرب يمس هذين الأمرين أكثر أن ابين مدى مشروعية هذا النوع من الاجارات وما يترتب عليه من حل الكسب وعدمه ومدى امكان تدارك ما فات بعض الأشخاص من خير عن طريق تلك الاجارة كالاجارة على أداء الصلاة والصيام والحج وقراءة القرآن والاذان والامامة وتعليم العلوم الشرعية وما الى ذلك من زكاة وذبح اضحية وهدى وصدقة •

وسوف اتناول ذلك بمشيئة الله تبارك وتعالى فى ثلاثة مباحث فاقول وبالله تبارك وتعالى التوفيق :

المبحث الأول : تعريف الاجارة ودليل مشروعيتها : وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الاجارة :

أولا : تعريفها لغة :

الاجارة - فى الحقيقة - اسم للاجرة ثم استعملت فى العقد على وجه المجاز وهى مثلثة الهمزة - والكسر أشهر لغاتها وافصحها ، والاجرة هى الكراء والجزاء على العمل وعوض المنفعة والجمع أجور وأجر بضم الهمزة وفتح الجيم والأجير على وزن فعيّل كتديم وجليس وجمعه أجراء (١) •

(١) القاموس المحيط مادة أجر باب الرأ فصل الهمزة ، لسان العرب مادة أجر •

ثانيا : تعريفها اصطلاحاً :

عرف الفقهاء الاجارة بتعريفات عدة (٢) أرى أن أشملها هو ما ذهب اليه الشافعية من أن الاجارة عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل والاباحة بعوض معلوم « (٣) » .

شرح هذا التعريف

قولهم « عقد » جنس في التعريف يشمل كل عقد — وقولهم « على منفعة » يقصد بها أن الاجارة تقع على المنفعة سواء كانت الاجارة واردة على الأعيان كالدور والدواب أم واردة على عمل في الذمة كما هو الحال في اجارة الأشخاص ويخرج بها النكاح لأنه عقد على الانتفاع وليس على المنفعة — وقولهم « مقصودة » يخرج به استئجار تفاحة أشمها فقط فهذا غير مقصود وقولهم « قابلة للبدل » يخرج منفعة البضع فالعقد عليها لا يسمى اجارة وقولهم « والاباحة » يخرج به اجارة الجوارى للوطء وقولهم « بعوض » يخرج به الاعارة فانها بغير عوض وقولهم « معلوم » يخرج به العوض المجهول كما في المزارعة والمساقاة والمضاربة فان العوض فيها مجهول .

(٢) فعرفها الحنفية — بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم — وعند المالكية — بأنها تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض — وعند الحنابلة — بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في اللغة — أو عمل معلوم بعوض معلوم .
انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٧/٧ ط دار الكتب المصرية ،
الشرح الكبير للامام الدردير ٢/٤ طبعة الحلبي ، كشف القناع ٥٤٦/٣
طبعة مكتبة النصر الحديثة .

(٣) معنى المحتاج شرح المنهاج ٣٣٢/٢ طبعة الحلبي .

المطلب الثانى : دليل مشروعية الاجارة :
 اتفق الأئمة الأربعة على مشروعية الاجارة (٤) واستدلوا على
 ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :
 أما الكتاب فممه :

١ - قول الله تبارك وتعالى :

« فان أَرْضَعْن لَكُمْ فَأَتَوْهُنَ أَجُورَهُنَّ » (٥) •

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان الله سبحانه وتعالى أجاز استئجار المطلقات لارضاع أبنائهن
 وأمر الأباء بدفع الاجر لهن والأمر يقتضى الوجوب فكان ذلك دليلا على
 مشروعية الاستئجار •

٢ - قول الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا موسى وسيدنا شعيب
 عليهما وعلى نبيينا الصلاة والسلام :

« قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى
 الأمين ، قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى
 ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك » (٦) •

(٤) نهاية المحتاج ٢٥٨/٥ طبعة المطبعة العامرية الكبرى ، الام
 للامام الشافعى ٢٥٠/٣ طبعة الشعب ، المغنى لابن قدامة ٢٦١/٥ طبعة
 مكتبة ابن تيمية وبدائع الصنائع ١٧٣/٤ طبعة العاصمة ، بداية المجتهد
 ٢١٩/٢ طبع الكليات الأزهرية ولكن الاجارة عندهم مشروعة على خلاف
 القياس وذلك لأن المعقود عليه هى المنفعة والمنفعة معدومة حال التعاقد
 والمعدوم لا يكون محلا للعقد • وخالف فى ذلك ابن تيمية وابن القيم
 فقالا أن الاجارة مشروعة على وفق القياس • اعلام الموقعين ٤٥١/١ •

(٥) سورة البلاق آية رقم ٦ •

(٦) سورة القصص آية رقم ٢٦ ، ٢٧ •

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان معنى أن تأجرني أى ان تكون أجيرا لى أو على ان تجعل عوضا
انكاحى اياك بنتى رعى غنمى ثمانى حجج أى سنين وهذا يدل على
جواز الاجارة لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يظهر النسخ خاصة اذا
قص علينا لا على وجه الإنكار (٧) •

أما السنة فمنها :

١ — ما رواه البخارى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه —
أنه قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال تعالى فى الحديث
القدسى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر •
ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم
يوفه أجره » (٨) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان الله تبارك وتعالى هدد من لم يعط الأجير أجره بعد أن يستوفى
منه منفعتة بأن يكون خصمه يوم القيامة والوعيد لا يكون الا على ترك
واجب فدل ذلك على وجوب أداء الأجرة عند الاستئجار فبذلك تثبت
مشروعية الاجارة •

٢ — ما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه

(٧) وهذا هو المذهب المختار عند الحنفية والمالكية ورواية للحنابلة
وأما المختار عند الشافعية ورواية للحنابلة فهو أن شرع من قبلنا ليس
شرعا لنا ولا يلزمنا العمل به انظر بدائع الصنائع ١٧٣/٤ ، الأجكام
للآملى ١٢٩/٣ ، العبد على ابن الحاجب ٢٨٦/٢ •

(٨) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٣/١٠ طبعة الكليات
الأزهرية •

قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم — « أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه » (٩) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باعطاء الأجرة للأجير قبل أن يجف عرقه وهذا كناية عن وجوب الاسراع باداء أجر الأجير فكان ذلك حليلا على مشروعية الاجارة •

وأما المعقول : فهو أن الضرورة تقتضى اجازة الاجارة لأن الناس في حاجة الى المنافع كما هم في حاجة الى شراء الأعيان فكما أباح الله تبارك وتعالى العقد على الأعيان بالبيع فوجب القول باجازة العقد على المنافع بالاجارة •

وذهب بعض العلماء ومنهم ابن علية والأصم والقاشاني والنيرواني (١٠) الى عدم جواز الاجارة وذلك لأن الاجارة ترد على المنافع وهي معدومة وقت العقد، المعدوم لا يكون محلا للعقد لاشتماله على غرر يفضى الى نزاع •

ويناقش ذلك — بان ذلك مخالف لما ثبت بالنص الشرعى فلا يلتفت اليه •

المبحث الثانى : الاستئجار على القرب التى تتعلق بعين المكلف :

ويشتمل هذا المبحث على القرب التى تتعلق بذات المكلف وهى التى يكون الطلب فيها متوجها من الشارع الى المكلف ليقوم بها سواء كانت مالية كالزكاة وذبح الأضحية والهذى وتوزيعها أم بدنية كالصلاة والصيام أم تنصّف بكونها مالية وبدنية معا كالحج وسوف أتناول ذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

(٩) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة الحلبي •

(١٠) المغنى لابن قدامة ٤٣٣/٥ ، بدائع الصنائع ٢٥٥٤/٥ مطبعة

المطلب الأول : الاستئجار على القرب المالية :

اتفق الفقهاء على أن القربات المالية المحضة كتوزيع الزكاة وذبح الأضحية والهدى وتوزيع الصدقات والكفارات وما إلى ذلك من أنواع القربات المالية يصح الاستئجار عليها (١) وذلك لما يأتي :

١ - ما رواه مسلم بسنده إلى على كرم الله وجهه أنه قال - أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدّ فيه وأن أقسم بدّنه كلها جلودها وجلالها وأن لا أعطى الجازر منها شيئاً وقال نحن نعطيهِ من عندنا » (٢) •

وجه الدلالة من هذا الحديث واضحة في :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أناب غيره في توزيع الهدى والقيام على ذبحه وإذا جازت الانابة في ذلك جاز الاستئجار عليها خاصة وأنها عبادات مالية تعلق التكليف فيها بإيصال المال إلى مستحقه وذلك لا يتوقف على أداء المكلف بنفسه يضاف إلى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم صرح بأنه سيعطي الجازر من عنده وليس ما سيعطيه إياه إلا أجراً مقابل أجارة بعمل محدد •

(١) مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٠٧/١ طبعة سنة ١٣٢٧ ، فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ / ٣٥٩ ، ج ٣ / ١٤٣ طبعة الحلبي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢١/٢ طبعة الحلبي ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة مطبعة النجاح بليبيا ، المجموع للنووي ٤٣٠/٦ طبعة العاصمة ، كشاف القناع ٣٦١/٢ طبعة دار الفكر / المحل لابن حزم الظاهري ١٩١/٨ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر •

ومؤلاء الفقهاء يشترطون في الاجارة على هذه القرب جميع الشروط التي يشترطونها في أي اجارة أخرى •

(٢) صحيح مسلم ٩٥٤/٢ طبعة الحلبي •

٢ - ما رواه البخاري - من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث عماله ليقبض الزكاة وتقريتها فقد بعث معاذ بن جبل رضى الله عنه الى اليمن وقال له أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أهلهم وائق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب (٣) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن هذا الحديث يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيز الانابة في جمع الزكاة ودفعها لمستحقها وإذا جازت الانابة في ذلك جازت الاجارة عليها ومعلوم أن هؤلاء العمال كانوا يعطون أرزاقا من بيت المال مما حدا بالبعض أن يطلب القيام بهذا العمل مقابل ما يجرى عليه من الرزق (٤) •

ويناقش هذا : بأن هناك farkا بين الأجرة من جهة وبين الارزاق وسهم الصدقة من جهة أخرى إذ الأجرة لا يجوز فيها الجهل بالمقدار وذلك بخلاف الأرزاق وسهم الصدقة وعلى هذا فلا يصح القياس هنا (٥) •

ويجاب عن هذا من وجهين :

الوجه الأول : بأنه لا يسلم أن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بل هما معلوما القدر بنسبة معينة تخضع للكم الوارد لبيت المال •

(٣) صحيح البخارى ١٣٠/٢ طبعة الحلبي •

(٤) سنن أبى داود ٩/٣ كتاب الامارة والقيء والخراج •

(٥) وقد فرق الامام النووى رضى الله عنه بين الأرزاق من بيت المال

على الامامة والقضاء وتعليم العلم الواجب كفايا وغيرها وبين الاجارة على

هذه الأعمال انظر الروضة للامام النووى ٦٥/٤ •

الوجه الثانى : وعلى فرض التسليم بأن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بالنظر الى أن الوارد الى بيت المال مجهول الا أن بعض الفقهاء وهم المالكية والزيدية والامامية اجازوا الاجارة على نسبة من الناتج عن المعتود عليه اذا كان مقدرًا فى الجملة « (٦) » .

٣ - ان هذه العبادات عبادات مالية محضبة لا تحتاج الى أن يفعلها الانسان بنفسه لأن الملاحظ فيها فقط هو بذل المال وايصاله الى أصحابه ومستحقه فيجوز الاستئجار عليها خاصة اذا تعذر فعلها على صاحبها بنفسه .

المطلب الثانى : الاستئجار على القرب البدنية

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الاول : الاستئجار للصلاة والصيام عن الحى :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للحى أن يستأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام (٧) واستدلوا على ذلك بالأثر والمعقول :
أما الأثر : فما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » .
وروى مثل ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما « (٨) » .

(٦) وذلك بخلاف الحنفية والشافعية والحنابلة اتفائلين بعدم جواز ذلك انظر تكملة فتح القدير ١٠٧/٩ ، نهاية المحتاج ٣٢٢/٥ ، المغنى لابن قدامة ٣٢٨/٥ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٩/٤ ، تحرير الأحكام ٢٤٤/٢ ، شرح الأزمهر للزيدي ٢٨٨/٣ .

(٧) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٦٠٥/٦ طبعة العاصمة ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، فتح القدير ٣٥٩/٢ ، الشرح الكبير للامام الدردير مع الحاشية ٥٣٠/١ ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩١/٨ .

(٨) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة المعارف النظامية حيدر آباد .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

هو أن « لا » في الأثر نافية وهي موجهة الى صحة العمل لا الى المأهية والذات فيكون المعنى لا يصح أن يصلى أحد عن أحد ولا يصح أن يصوم أحد عن أحد فيدل ذلك على المدعى - يضاف الى ذلك ان هذا مما لا يقال فيه بالرأى وان الميت يستثنى بالدالة الأخرى التى منيأتى ببيانها بعد .

أما المعقول : فهو أن هذه العبادات بدنية يتوقف أصل حصولها على النية وأن المقصود منها امتحان عين المكلف بها - وغيره لا يقوم مقامه فيها وكذلك الخضوع بها لله عز وجل والتوجه اليه والتذلل بين يديه والانقياد لحكمه وعمارة القلب بذكره ولا يحصل ذلك الا من المكلف بنفسه فلا يجوز الاستئجار عليها (٩) .

الفرع الثانى : الاستئجار للصلاة عن الميت :

اختلف الفقهاء فى جواز استئجار من يصلى عن الميت على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة وجمهور الشافعية الى انه لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضا أم نفلا (١٠) وذلك قياسا على عدم جواز الاستئجار عليها بالنسبة للحى بجامع أن كلا صلاة تعلقت بعين المكلف يضاف الى ذلك ما سبق ذكره من ادلة الاتفاقية السابقة .

(٩) معنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبي .

(١٠) بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، بداية

المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٩/١ طبعة الحلبي ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير ٥٣٠/١ والمجموع للنووي ٤٣٠/٦ ، معنى المحتاج ٣٤٤/٢ ، المعنى لابن قدامة ١٤٣/٣ .

وذهب الظاهرية وبعض الشافعية والأوزاعي وإسحاق بن راهويه - إلى أنه يجوز للولي أن يصلي عن الميت سواء كانت الصلاة فرضاً أم. نفلاً فإن أبى الولي أن يقوم بها عن الميت استتجر من مال الميت من. يقوم بأدائها عنه وقد وافقهم الحنابلة في صلاة النذر فقط وذلك لأنها دين الله سبحانه وتعالى ودين الله يجب أدائه (١١) •

وأرى أن مذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول. لا ذكره - يضاف إلى ذلك أن هذا الرأي يحقق المقصود من العبادة. فيندفع المكلف إلى أدائها ولا يعتمد على ثروته التي يمكن أن يوصى. باستتجار من يؤدي عنه الصلاة فلا يتحقق مقصود العبادة التي هي. اختبار عين المكلف وتهذيب نفسه وإصلاح قلبه •

الفرع الثالث : الاستتجار للصيام عن الميت :

اختلف الفقهاء في جواز الاستتجار للصيام عن الميت على. مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والزيدية والشافعية. في مذهبه الجديد إلى أنه لا يجوز الاستتجار للصيام عن الميت ووافقهم. الحنابلة فيما إذا كان الصيام من رمضان (١٢) •

وذهب الظاهرية والشافعية في القديم إلى أنه يجوز الاستتجار. للصوم عن الميت مطلقاً ووافقهم الحنابلة فيما إذا كان الصيام. نذراً (١٣) •

(١١) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المجموع للنووي ٤٣٠/٦ ، المغنى. لابن قدامة ١٤٣/٣ •

(١٢) فتح القدير ٣٥٩/٢ ، بداية المجتهد ٣٠٩/١ ، اللعة الدمشقية. ١٢٢/٣ والمهذب للشيروازي ٤٠٩/١ طبعة الحلبي ، المغنى لابن قدامة. ١٤٣/٣ •

(١٣) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المهذب للشيروازي ٤٠٩/١ ، المغنى. لابن قدامة ١٤٣/٣ - إلا أن الظاهرية قالوا إنما يجوز الاستتجار في. حالة عدم وجود ولي يصوم عن ميتة •

- الآية -

استدل القائلون بأنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت بالسنة
والأثر والمعقول :

أما السنة : فما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عمر رضى الله
عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام فليطعم
عنه مكان كل يوم مسكينا » (١٤) •
وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أن الذى يموت وعليه
صيام فالواجب أن يطعم عنه ولو كانت النيابة عن الميت فى الصيام
جائزة لبين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز تأخير البيان
عن وقت الحاجة اليه فدل ذلك على أنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن
الميت من باب أولى •

ويناقش هذا : بأنه قد رويت احاديث تجيز النيابة فى الصيام
عن الميت وسيأتى ذكر طرف منها فى ادلة القائلين بجواز الاستئجار
للصيام عن الميت •
أما الأثر : فممنه :

١ - ما رواه البيهقى بسنده الى السيدة عائشة رضى الله عنها
أنها قالت فى شأن الميت الذى مات وعليه صوم « يطعم عنه فى قضاء
رمضان ولا يصام » (١٥) ، وقالت أيضا « لا تصوموا عن موتاكم
وأطعموا عنهم » •

٢ - وما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما
أنه قال : « لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » (١٦) •
٣ - وما رواه البيهقى أيضا بسنده الى ابن عمر رضى الله

(١٤) سنن ابن ماجه ٥٥٨/١ طبعة دار احياء الكتب العربية •

(١٥) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

(١٦) سبق تخريجه •

عنهما أنه كان إذا سئل عن الرجل يموت وعليه صوم من رمضان أو نذر يقول « لا يصوم أحد عن أحد ولكن تصدقوا عنه من ماله للصوم لكل يوم مسكينا » (١٧) •

فهذه الآثار تدل على أن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم كانوا يرون أن من مات وعليه صوم لا يصام عنه ولا يستأجر للمسيام عنه بل يطعم وهذا من الأمور التي لا مجال للرأى فيها لأنها أمور تعبدية والأصل فيها التوقيف فلا بد من انهم اعتمدوا في ذلك على سنة صحيحة ثابتة عندهم :

وأما المعقول : فهو أن الصوم لا تدخله النيابة عن الحي فكذلك لا تدخله النيابة عن الميت قياسا على الصلاة بجامع أن كلا عبادة يقصد بها امتحان عين المكلف وعليه فلا يجوز الاستئجار للمسيام عن الميت (١٨) • ق

واستدل القائلون بأنه يجوز الاستئجار للمسيام من الميت بالسنة منها •

١ - ما رواه مسلم بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟ قال أفرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدي ذلك عنها؟ قالت نعم قال فصومي عن أمك (١٩) •

٢ - ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة ركبت البحر فنذرت ان نجاها الله ان تصوم شهرا فنجهاها الله سبحانه وتعالى فلم تصم حتى ماتت فجاءت بنتها أو أختها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها (٢٠) •

(١٧) سنن البيهقي ٢٥٧/٤ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

(١٨) المهذب للشيرازي ٤٠٩/١ طبعة الحلبي •

(١٩) صحيح مسلم ٨٠٤/٢ مطبعة عيسى الحلبي •

(٢٠) سنن أبي داود ٢١٢/٢ طبعة مصطفى الحلبي •

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر البنت أن تصوم عما ثبت في ذمة أمها من صيام نذر فدل ذلك على جواز الصيام عما فات الميت من فريضة كصيام رمضان قياساً عما ثبت في النذر بجامع أن كلا صوم واجب ثبت في الذمة •

ويناقش هذا : بأن القياس هنا قياس مع الفارق فلا يصح لأن النذر أوجب على الإنسان على نفسه وذلك بخلاف صيام شهر رمضان فإن الذي أوجب على الله سبحانه وتعالى فامتحان عين المكلف فيه أظهر •
٣ - وما رواه البخاري بسنده إلى السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات وعليه صوم صام عنه وليه » (٢١) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز النيابة عن الميت في الصيام وما جازت النيابة فيه جاز الاستئجار لأدائه :

الرأي المختار :

وبعد فإنني أرى أنه يمكن التوفيق بين أدلة القائلين بجواز الاستئجار للصيام عن الميت وأدلة القائلين بعدم جواز ذلك بأن نحمل أحاديث جواز الصيام نيابة عن الميت على صيام النذر والنفل وأحاديث عدم جواز النيابة على صيام الفريضة •

ومما يدعم ذلك ما رواه البيهقي بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر يصوم شهراً وعليه صوم رمضان ؟ قال أما رمضان فليطعم عنه وأما النذر فيصام عنه (٢٢) •

(٢١) صحيح البخاري ١٣٨/٤ طبعة دار الشعب •

(٢٢) سنن البيهقي ٢٥٧/٤ •

المطلب الثالث

الاستئجار على القرب الموصوفة بكونها مالية وبدنية معا وهي الحج وفيه فرعان :

الفرع الأول : الاستئجار الحج عن الصحيح القادر :

اتفق الأئمة على أن الشخص الصحيح القادر على السفر إلى الحج ليس له أن يستأجر غيره في الحج الواجب المفروض عليه (٢٣) وذلك لأن الحج فرض عين على كل مستطيع لقول الله تبارك وتعالى « والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين » (٢٤) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

ان هذه الآية تدل بمنطوقها على أن المستطيع واجب عليه أن يحج البيت فلو أناب أو استأجر غيره لم يصدق عليه انه حج البيت •
وبما رواه الامام أحمد بن حنبل بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال خطبنا النبي صلى الله عليه وسلم فقال أيها الناس ان الله كتب عليكم الحج فحجوا قال فقام الأقرع بن حابس فقال : في كل عام يا رسول الله؟ قال لو قتلنا لوجب ولو وجبت لم تعملوا بها أو لم تستطيعوا أن تعملوا بها فمن زاد فهو تطوع » (٢٥) •

(٢٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلى ٧٧/٢ ط الحلبي ، الشرح الكبير للامام الدردير ١٨/٢ طبعة الحلبي ، المهذب للشيرازي ١/٦٩٩ والمغني لابن قدامة ٣/٢٣١ ، المحلى لابن حزم ٨/١٩٢ •
(٢٤) سورة آل عمران آية رقم ٩٧ •
(٢٥) الفتح الرباني على مسند الامام أحمد ١٥/١١ طبعة احياء التراث العربي •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

دل هذا الحديث على أن الحج واجب على المكلف في العمر مرة واحدة مادام مستطيعا — ودل أيضا على أن المكافين بالحج لا يستطيعون فعله في كل عام وعدم الاستطاعة هنا بدني فقط — إذ عدم المال يسقط التكليف بالحج من أصله إذن فعدم مشروعية الوجوب سنويا جاء لرفع الحرج البدني فقط فدل ذلك على أن النيابة بالحج لا تجوز لأنها لو جازت لكانت الاستطاعة متوفرة سنويا أما بفعل المكلف ذلك بنفسه وأما بانابة غيره عنه وحينئذ فلا يكون لقوله صلى الله عليه وسلم « لم تستطيعوا أن تعملوا بها » وجه •

كما أن جمهور الفقهاء ذهبوا الى أنه يجوز استئجار من يحج عن الميت في حالة ايصاله بذلك ويكون ذلك من ثلث ماله (٢٦) لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم « (٢٧) •

ولأن الميت قد التزم شرعا بأداء الحج في حياته فيجب على الموصي لهم تنفيذ ذلك •

الفرع الثاني : الاستئجار بالحج عن العاجز والميت :

اختلف الفقهاء في جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على مذهبين :

-
- (٢٦) نفس المراجع السابقة — الا أن هناك رواية عند المالكية لا تجوز الحج عن الميت ولو أوصى بذلك — انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩/٢ طبعة الحلبي •
- (٢٧) شرح معاني الآثار للطحاوي ٣٧٩/٤ ، سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ طبعة المكتبة العلمية بيروت •

فذهب الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية (٢٨) وهو المشهور عند
 الحنابلة الى أنه لا يجوز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز (٢٩) .
 وذهب الشافعية والظاهرية والحنابلة في غير المشهور الى انه
 يجوز الاستئجار للحج عن العاجز (٣٠) والميت (٣١) مطلقا .

الأدلة

استدل القائلون بعدم جواز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز،
 بما يأتي :

(٢٨) ومع قول الحنفية بأنه لا يجوز الاستئجار للحج الا أنهم قالوا
 تجوز النيابة في الحج ولو بأجر بشرط ألا يقول المنوب عنه للنائب
 استأجرتك بكذا ولو قال ذلك بطلت الاجارة وبقي الأمر بالحج ووجب
 للأجير أجره المثل وحج المنوب عنه ، انظر حاشية ابن عابدين ٢٤٠/٢
 طبعة دار احياء التراث العربي ، وعند المالكية لا تصح النيابة في حج
 الفريضة لا بأجر ولا بغيره وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج واذا وقع وقع
 فاسدا ووجب فسخ العقد واذا أتم المستأجر الحج استحق أجره المثل
 والا فلا وأما بالنسبة للاستئجار عن حج النافلة والنذر فانه يجوز عندهم
 مع الكراهة . انظر الشرح الكبير مع الحاشية ١٩/٢ طبعة الحلبي .

(٢٩) بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٥ ومجمع الأنهر ١/٣٠٧ ، بداية
 المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٣٣١ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٢/١٩
 والمغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ طبعة مكتبة ابن تيمية .

(٣٠) واشترط هؤلاء لجواز الاستئجار للحج عن العاجز أن يكون
 العجز غير مرجو الزوال وكان لديه مال ووجد من يستأجره بأجر المثل
 فان كان العجز مرجو الزوال فلا يجوز الاستئجار وان عدم المال أو الأجير
 بأجر المثل فهو غير مستطيع فلا يجب عليه الحج . انظر المذهب للشيرازي
 ١/١٩٩ طبعة الحلبي ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٢/٣٤٤ ط الحلبي .
 (٣١) مغنى المحتاج ٢/٣٤٤ ، المحلى لابن حزم الظاهري ٨/١٩٢ ،
 المغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ ، المبدع شرح المقنع ٥/٩٠ طبعة المكتب الاسلامي

١ - قول الله تبارك وتعالى « والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً » (٣٢) •
وجه الدلالة من هذه الآية :

هو أن الله سبحانه وتعالى علق وجوب الحج على الاستطاعة فالعاجز لا يجب عليه الحج وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج عنه •
كما أن قوله « من استطاع » يدل من قوله « على الناس » فكأن الآية صريحة في أن الحج مطلوب عينا ممن استطاع فمن عجز لا يجب عليه الحج وبالتالي لا يشرع في حقه الانابة والاجارة ، فهما متفرعان عن الوجوب :
ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام غير مسلم لأنه مصادرة على المطلوب فإن عدم التكليف بالحج للعاجز به بديها مع وجود القدرة المالية للانابة والاجارة هو عين المدعى أو لازمه - فنحن ندعى أنه مستطيع بالغير لقدرة ماليا فيجب عليه الحج •

كما أنه يجوز الاستئجار لأداء بعض النوافل كالحج غير الواجب والعمرة مع أنهما غير واجبين عليه •

٢ - أن الحج واجب عيني والواجب العيني يقصد به امتحان المكلف و اظهار خضوعه لله عز وجل وأمثاله له والأجير لا يقوم مقام المستأجر في ذلك •
ويناقش هذا :

بأنه من المسلم أن الحج واجب عيني ولكن مسألتنا فيمن طرأ عليه عجز أو وفاة ولم يؤد ما عليه وأراد أن يبرئ ذمته أمام الله عز وجل وليس أمامه سوى أن يستأجر من يحج عنه إذا لم يجد من

ميتوب عنه بلا أجر فكان هذا هو الطريق الذي ينبغي فتحه أمام العاجز أو أولياء الميت حتى يكفروا عنه ما صدر منه من تفريط في جنب الله عز وجل •

٣ - أن الحج قرينة والمقربة إذا وقعت كانت لمن فعلها ولذلك فإن أهليته معتبرة في أداء القرينة وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز له أخذ الأجر على ما فعل لأن القرينة ستقع له •

ويناقش هذا :

بأنه غير مسلم إلا في حالة ما إذا نوى فاعل القرينة الفعل لنفسه أما إذا نواه لغيره فإنه لا يقع له كما هو الحال في الحج عند الحنفية والحنابلة فإنه يقع لمن نوى له وكذا الحال عند المالكية في حال النفل والنذر •

٤ - كما أنه يمكن قياس عدم جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على عدم جواز ذلك في الصلاة والصيام بجامع أن كلا فرض عين •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح إذ من شروط المقيس عليه أن يكون أمراً منصوباً عليه أو مجعلاً عليه في الراجح عند الأصوليين والمفتهاء ومقابلته مرجوح لا يعول عليه • وقد اختلف هنا في جواز الاستئجار للصلاة والصيام عن العاجز والميت كما مر بيانه •

واستدل القائلون بجواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت مطلقاً بما يأتي :

١ - ما رواه البخاري بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة من خثعم قالت يا رسول الله ان فريضة الله على عباده في الحج

أدركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه
قال — نعم « وذلك في حجة الوداع (٣٣) » •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم اذن للمرأة أن تحج عن أبيها
الذى عجز عن أداء فريضة الحج وإذا جاز لها أن تحج عن أبيها جاز
لها أن تستأجر للحج عنه وذلك لأن كلا أداء فرض عين عن الغير •

٢ — ما رواه البخارى بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما أن
امراة من جهينة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان أمى
نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ ، فقال — نعم حجى
عنها أرايت لو كان على أمك دين أكننت قاضيته اتقضوا الله فالله أحق
بالوفاء « (٣٤) » •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم شبه الحج الذى هو دين الله
بدين الادمى بجامع أن كلا واجب الأداء فاذا كان أداء دين الأدمى
من أى شخص يسقط المساءلة (٣٥) عن الميت فكذا الحال في الحج الذى
هو دين الله فيحفل الأجير في ذلك الأداء •

(٣٣) صحيح البخارى ٢٣/٣ •

(٣٤) صحيح البخارى ٢٣/٣ •

(٣٥) يدل على ذلك ما رواه البخارى بسنده الى مسلمة بن الأكوع:

أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال هل عليه دين ؟
قالوا نعم ديناران قال هل ترك لهما وفاء؟ — قالوا لا فتأخر فقبل لم لاتصل.
عليه؟ فقال صلى الله عليه وسلم — ما تنفعه صلاتي وذهمت مرهونة الا أن
قام أحدكم فضمنه فقام أبو قتادة — فقال — هما على يا رسول الله فصل
عليه النبي صلى الله عليه وسلم — صحيح البخارى ٢٧٣/٥ ، مسند الامام
أحمد ٨٩/١٥ •

٣ - لم يأت نهى من النبي صلى الله عليه وسلم عن الاستتجار للحج عن المعاجز أو الميت فيكون الاستتجار عليه جائزا لدخوله في عموم (٣٦) ما ورد في جواز المؤاجرة مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم - اعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه (٣٧) •

فهذه الأحاديث وغيرها أمرت باعطاء الأجير حقه دون تأخير وذلك يدل على جواز الاستتجار ولم يستثن الحج منها فدل ذلك على أنه داخل في عمومها •

٢ - يجوز الاستتجار على الحج قياسا على جواز أخذ النفقة عنه بجامع أن كلا مال دفع لأداء فريضة الحج (٣٨) •

٣ - يجوز الاستتجار على الحج قياسا على جواز الاستتجار على بناء المساجد والقنابر وما شاكل ذلك بجامع عجز المستاجر عن القيام بهذه القرب بنفسه (٣٩) •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن بناء المساجد والقنابر ليس بفرض على شخص بعينه بخلاف الحج فإنه واجب عيني كما أنه لو لم يجز الاستتجار على بناء القنابر والمساجد وما شاكلهما لسد باب البناء إذ لا يستطاع ذلك في العادة الا بالاستتجار وذلك بخلاف الحج •

(٣٦) المحل لابن حزم الظاهري ١٩٢/٨ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر •

(٣٧) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة دار احياء الكتب العربية •

(٣٨) المغني لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

(٣٩) المغني لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

الرأى المخار :

وبعد فأننى أرى أن ما ذهب اليه القائلون بأن الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز هو الأولى بالقبول وذلك لما ذكروه من أدلة ورد دليل المخالف يضاف الى ذلك أن هذا الرأى يتفق مع روح الشريعة التى تفتح دائما الباب أمام المقصرين ليتداركوا ما فاتهم وترغيبا لهم فى الانابة الى ربهم من ذلك فتح باب التوبة أمام المسلم ما لم يغرر فاذا أفاق وتاب الى الله وثاب الى رشده وأراد أن يتدارك ما فاتته من فريضة الحج ولم يستطع لمرضه أو شيخوخته فإنه يفتح أمامه باب الاستئجار ويكون هذا الاستئجار ذليلا على صدق توبته حيث سيذلل — فوق نفقات الحج التى كان سيتكفها لو كان سيحج بنفسه — أجرة الأجير خاصة اذا لم يجد من يحج عنه بطريق النيابة دون الاستئجار •

واذا كنت قد اخترت انه يجوز الاستئجار للحج عن العاجز والميت فإنه ينبغى التنبيه على أن القائلين بهذا الرأى قد اشترطوا شروطا معينة فى الأجير وهى :

١ — أن يكون الأجير مكلفا • بحيث يصح حجه لنفسه لأن حجه اذا لم يصح لنفسه فلا يصح لغيره وعليه فلا يجوز حج الصبى ولا المجنون لقول النبى صلى الله عليه وسلم — رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل وفى رواية أخرى يفيق » (٤٠) •

٢ — أن يكون الأجير قد حج عن نفسه (٤١) وذلك لما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله

(٤٠) سنن أبى داود ٢٢٨/٢ كتاب الحدود •

(٤١) المجموع شرح المهذب للشيرازى ٩٢/٧ : الغنى لابن قدامة

عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة ؟ قال
أخ لي أو قريب لي قال حججت عن نفسك ؟ قال — لا قال حج عن
نفسك ثم حج عن شبرمة (٤٢) •

فهذا الحديث يدل على أن النائب في الحج ينبغي أن يكون قد
حج عن نفسه فيقاس عليه الأجبر بجامع أن كلا يؤدي عبادة
عن غيره •

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز استئجار المرأة للحج عن الرجل
واستئجار الرجل للحج عن المرأة من باب أولى لكمال حجة هذا عند
القائلين بجواز الاستئجار للحج •

المبحث الثاني

الاستئجار على الأقرب التي لا تتعلق بعين المكلف

والقرب التي لا تتعلق بعين المكلف هي التي تكون على الكفاية
أي إذا قام بها البعض سقط الاثم عن الباقي وحاز القائم بها الفضل
والمؤبة مثل الإمامة والأذان وتغسيل الميت والصلاة عليه وتعليم
القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما إلى ذلك من فروع الكفاية
التي لا يتوقف أصل حصولها على النية •

وقد اختلف الفقهاء في جواز أخذ الأجرة على القيام بهذه الأعمال
على مذهبين :

فذهب المالكية والشافعية (١) والظاهرية (٢) وهو أقول غير

(٤٢) سنن أبي داود ٤٢١/١ طبعة مصطفى البابي الحلبي •

(١) وقال الشافعي في الأم • في شأن استئجار المؤذن — أحب

أن يكون المؤذن متطوعين وليس للإمام أن يرزقهم وهو يجب من يؤذن
متطوعاً ممن له أمانة إلا أن يرزقهم من ماله قال ولا أحسب أحداً يبذل كثير
الاهل يعوزه أن يجد مؤذناً أميناً يؤذن متطوعاً فإن لم يجد فلا بأس أن

المشهور عند الحنابلة واليه ذهب متأخرو الحنفية الى أنه يجوز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الامامية في تعليم القرآن الكريم والصلاة على الميت مع الكراهة (٣) .

وذهب متقدمو الحنفية وهو المشهور في مذهب الحنابلة الى عدم جواز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الزيدية في الأصح عندهم في كل قرية (٤) .

يرزق مؤذنا ولا يرزقه الا من خمس الخمس . انظر الام ٧٢ طبعة الشعب وقال الامام الأوزاعي يجوز أن يجاعل على الأذان ولا يؤجر عليه انظر الفتح الرباني على مسند الامام أحمد ٢٧/٣ .

(٢) الظاهرية - قالوا يجوز للامام « أى امام المسلمين » أن يعطى المؤذن والامام من أموال المسلمين على وجه الصلة أن يستأجرهما أهل المسجد على الحضور معهم عند حلول أوقات الصلاة فقط مدة مسماة فإذا حضر تعين الأذان والامامة على من يقوم بهما - انظر المحلى لابن حزم ١٩١/٨ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر بيروت .

(٣) الفواكه الدواني ١٦٤/٢ طبعة الحلبي ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة دار الفكر ، جواهر الاكليل ١٨٨/٢ طبعة الحلبي ، نهاية المحتاج ٢٩١/٥ طبعة الحلبي ، مغني المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبي والمحلى لابن حزم الظاهري ١٩٣/٨ ، المغني لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية ، وتحرير الأحكام ٢٣٣/١ طبعة القاهرة .

بل ان متأخري الحنفية استحسنوا أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم والفقه والأذان وذلك لأن الناس قد تركوا تعليمها حسبة لله سبحانه وتعالى . انظر مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٨٤/٢ طبعة احياء التراث .

(٤) العناية شرح الهداية للعيني ٩٣٧/٧ طبعة دار الفكر ، بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ طبعة الامام ، المبدع شرح المقنع ٩٠/٥ طبعة المكتب الاسلامي ، المغني لابن قدامة ٢٣١/٣ وحاشية ابن عابدين ٢٤٠/٢ طبعه احياء التراث العربي ، الغرة المنيفة في تحقيق الامام أبي حنيفة ص ١١٧ طبعة مؤسسة الكتب الثقافية .

- الآية -

استدل القائلون بجواز الاستئجار لهذه القرب بالسنة والآثار والمعقول • أما السنة فمنها :

١ - ما رواه البخارى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما : قال : ان نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال هل فيكم من راق فان في الماء رجلا لديغا أو سليما فانطلق رجل منهم فقرا بفاتحة الكتاب على شاة فجاء بالشاة الى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا أخذ على كتاب الله أجرا حتى قدموا المدينة فقالوا يا رسول الله - أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله (٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله دليل على جواز أخذ الأجر على تعليم القرآن ويلحق به كل ما في معناه كتعليم سائر العلوم الدينية •

٢ - ما رواه البخارى بسنده الى أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرئ الرجل وأخذ أبو سعيد وأصحابه الجعل فأتوا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه وسألوه فقال صلى الله عليه وسلم لأبى سعيد لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لى معكم بسهم (٦) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر أخذ الجعل على الرقية

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٨/١٠ ط الكليات الأزهرية

(٦) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢١/١٠ ط نفس الطبعة •

بفاتحة الكتاب فيجوز الاستئجار على تعليم القرآن بجامع أن كلاً عوضاً بمقابلة قراءة القرآن إذ لا فرق بين قراءة القرآن للتعليم وقراءته للرقية بل أخذ الأجرة على التعليم أولى لاحتياجه التي جهد ووقت •

وقد نوقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن أخذ الأجرة في هذا الحديث كان على الرقية وهو نوع من المداواة ولا خلاف في جواز أخذ الأجرة على المداواة •
واجيب عن هذا :

بأن قراءة القرآن للتعليم غرض صحيح مقصود فجاز بذل المال في مقابلة كقراءة القرآن للمداواة بل هو أولى لما فيه من منفعة للمسلمين •

الوجه الثاني : أن هذا لم يكن من باب الاجارة بل هو من باب الجمالة وهناك فرق بين الاجارة والجمالة • فالجمالة أوسع من الاجارة ولذا جازت مع جهالة العمل •
واجيب عن هذا :

بأنه ليس هناك فرق بين الجمالة والاجارة هنا في هذا المقام لأن في كل منهما أخذ عوض في مقابل قراءة القرآن الكريم وهذا متفق عليه فيهما •

الوجه الثالث : أن المراد بالأجر في الحديثين هو الثواب من الله عز وجل •

واجيب عن هذا :

بأنه ليس المراد بالأجر في الحديثين الثواب بدليل ما ورد فيها من أخذ الصحابي للنشأة وقول النبي صلى الله عليه وسلم اضربوا لى معكم بسهم •

٣ - ما رواه البخارى بسنده الى سهل بن سعد أن النبی صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ فقال ما عندى الا ازارى هذا فقال النبی صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما أجد شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال له النبی صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها فقال له النبی صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن (٧) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبی صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن - معناه زوجتك اياها على أن تعلمها ما معك من القرآن فقد جعل النبی صلى الله عليه وسلم تعليم القرآن عوضا عن المهر فيجوز ذلك على جواز اعطاء العوض في مقابل تعليم القرآن ويقاس على ذلك بقية المقرب •

ويناقش هذا :

بأنه لا يسلم أن يكون تعليم القرآن الكريم مهرا لزوجته وما روى في هذا محمود على أن النبی صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ولعلمه بحاله •

ويجاب عن هذا :

بأن النبی صلى الله عليه وسلم ورد عنه أنه قال للرجل حين ظهر عجزه المادى : اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن (٨) •

(٧) صحيح البخارى ٩/٧ نفس الطبعة السابقة •

(٨) سنن أبى داود ٤٨٧/١ طبعة دار احياء السنة المحمدية •

وهذا الكلام يحتمل أمرين :

الأمر الأول : أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل مهر المرأة أن يعلمها الرجل ما معه من القرآن •

والأمر الثانى : هو أن الرسول صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر أكراما له ، ولكن الأمر الأول أولى بالقبول لأن النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه فى بعض الروايات أنه قال للرجل : انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن (٩) •

وفى رواية أخرى عنه أنه قال له : فعلمها عشرين آية (١٠) فدخل هذا على وجوب التعليم على الرجل وما ذلك الا لأنه مهرها ولعدم جواز النكاح بغير مهر •

أما الأثر : فمنه ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يرزق المعلمين ، فقد روى عنه إبراهيم بن سعيد أنه كتب الى عماله أن أعطوا الناس على تعليم القرآن الكريم (١١) •

أما المقول فمنه :

١ - قياس جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن على جواز أخذها على بناء المساجد والمقناطر بجامع أن كلا فرض كفاية (١٢) •

٢ - قياس الاجارة على القرب على عقد الفكاح بجامع أن كلا عقد أحد العوضين فيه منفعة فإذا جاز جعل تعليم القرآن الكريم عوضا فى عقد النكاح جاز أخذ الأجرة على تعليمه •

(٩) صحيح مسلم ١٠٤/٢ نفس الطبعة السابقة •

(١٠) سنن أبى داود ٤٨٧/١ نفس الطبعة السابقة •

(١١) نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ١٣٨/٤ الطبعة الأولى

• للمجلس العلمى

(١٢) المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح إذ أن المهر في عقد النكاح ليس عوضاً محضاً وإنما وجب عطية وصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته،
وصح النكاح مع فساد التسمية في المهر •

ويجاب عن هذا :

بأن الشارع الحكيم جعل تعليم القرآن الكريم منفعة مالية لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعله صداقاً وقد دل قول الله تعالى :
« وأصل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محسنين غير مسافحين » (١٣) •

على اعتبار المالية في الصداق — وإذا كان تعليم القرآن منفعة لها قيمة في اعتبار الشارع جاز جعلها أجره فقياس الاجارة على النكاح انما هو باعتبار أن تعليم القرآن منفعة مالية وهذا جاءه •
في الاجارة عنه في النكاح (١٤) •

واستدل القائلون بعدم جواز الاستئجار لهذه القرب بالسنة والاثار والمعقول :

أما السنة : فمنها :

١ — ما رواه أبو داود وابن ماجه بسنديهما الى عباد بن الصامت أنه قال علمت ناساً من أهل الصفة الكتابة والقرآن فأهدي الى رجل منهم قوساً فقلت ليست لي بمال ، فأرمنى عليها في سبيل الله — لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسألنه فأتيتته فقلت يا رسول الله رجل أهدي الى قوساً ممن كنت أعلمه الكتابة والقرآن وليست لي بمال

(١٣) سورة النساء آية ٢٤ •

(١٤) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي ٤٩٨٩/٧ طبعة الشعب

فأرمى عليها في سبيل الله فقال ان كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها (١٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توعّد من يأخذ أجرا على تعليم القرآن بتطويقه طوقا من نار بما أخذ ولا وعيد الا على ارتكاب محرم وتقاس عليه سائر القرب التي على شاكلته •
وقد ذوّقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث ضعيف لأن في سنده المغيرة بن زياد وهو مستنكر الحديث وفيه أيضا الأسود بن ثعلبة وهو مجهول — وحديث هذا شأنه لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة التي ورد ذكرها في أدلة المجيزين (١٦) •

الوجه الثاني : لو سلمت صحة هذا الحديث فهو محمول على أن عبادة بن الصامت كان متبرعا بعمله هذا فليس هذا من باب الاجارة ويؤيده قول عبادة « فأهدى » فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يتوعّد أخذ العوض وانما توعّد من أبطل تبرعه واحسانه كما أن أخذ الأجرة من أهل الصفة بخصوصهم بناءة لأنهم كانوا ناسا فقراء يعيشون على ما يقدمه اليهم المحسنون من الصدقات ولا يلزم من تحريم أخذ الأجر منهم تحريمه مطلقا (١٧) •

٢ — ما رواه الامام أحمد بسنده الى عبد الرحمن بن شبل الأتصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اقرؤوا

(١٥) سنن أبي داود ٣/٣٦٤ ط دار احياء السنة المحمدية ، سنن ابن ماجه ٢/١٢ ط المكتبة العلمية بيروت •

(١٦) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ٩/٤ ط المدينة المنورة ، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٢٤ ط مصطفى البابي الحلبي (١٧) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٢٢ ط مصطفى البابي الحلبي •

القرآن ولا تغاوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به « (١٨) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا تأكلوا به دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن • وقد نوقش هذا :

بأن هذا الدليل أخص من المدعى وذلك لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيب نفس •
 ٣ - ما رواه الامام أحمد بسنده الى عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « اقرؤوا القرآن واسألوا الله به فان من بعدكم قوما يقرؤون القرآن يسألون به للناس » (١٩) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبي صلى الله عليه وسلم اقرؤوا القرآن واسألوا الله به ... الخ دليل على أنه ينبغي طلب الأجر من الله سبحانه وتعالى وعدم أخذه من الناس • وقد نوقش هذا :

بأنه ليس في الحديث الا تحريم السؤال بالقرآن وهو غير اتخاذ الأجر على تعليمه فالذى يعلم القرآن على أنه لله ويأخذ من المتعلم ما يدفعه اليه بغير سؤال ولا استسراة نفس فلا بأس به •

(١٨) الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربي •

(١٩) الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربي •

٤ - وما رواه أبو داود والامام أحمد بسنديهما الى عثمان بن أبي العاص أنه قال يا رسول الله اجعلني امام قومي قال أنت امامهم واقتد باضعفهم واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا «(٢٠)» •

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على عدم جواز أخذ الأجر على الأذان ويقاس على ذلك ما في معناه من القرب كالامامة وغير ذلك •

وقد نوقش هذا :

بأن هذا الحديث ضعيف فلا يجوز الاحتجاج به •

وأجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة وهذه الطرق يقوى بعضها بعضا وقال الترمذي انه حديث حسن صحيح •

أما الآثار : فمنها ما أخرجه ابن عدي في الكامل عن حماد بن زيد عن يحيى البكاء قال سمعت رجلا قال لابن عمر رضى الله عنهما انى أحبك في الله فقال له ابن عمر رضى الله عنهما وأنا أبغضك في الله قال سبحان الله أنا أحبك في الله وانت تبغضنى في الله قال نعم فانك تأخذ على أذانك أجرا «(٢١)» •

ويناقش هذا :

بأنه قول صحابى فلا يكون حجة على غيره وقد روى ما يناقض ذلك وهو أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرزق المعلمين ويأمر عماله بذلك وكذلك ما روى عن أبى مخضرة انه قال فألقى على رسول الله

(٢٠) سنن أبى داود ٣٦٣/١ طبعة محمد علي ، سنن الترمذي

١١/١ طبعة الحلبي والفتح الربانى للشيوخ أحمد عبد الرحمن البنبا ١٧/١

(٢١) نصب الراية لأحاديث الهداية ١٣٩/٤ الطبعة الأولى للمجلس

العلمى •

صلى الله عليه وسلم الاذان فأذنت ثم أعطاني حين قضيت التآذين
صرة فيها شيء من فضة (٢٢) •

ويجاب عن ذلك :

بأن ما أعطاه سيدنا عمر رضى الله عنه للمعلمين ما هو الا رزق
والرزق غير الأجرة لأن الرزق يكون من بيت المال أما الأجرة فهي
تكون من الأشخاص ويمكن حمل ما أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم
لأبى محذورة على انه هدية لانه لو كان أجرا لحدده قبل أداء الاذان •

ويرد على هذا :

بأن الكل يؤخذ عوضا عن قرية يقدمها الانسان لغيره فلا وجه
للتفريق بينهما هنا •

وأما المعقول : فمنه :

١ - أن النعمة في التعليم غير مقدور على تسليمها فلا تصح
الاجارة عليها • وبيان ذلك أن المعلم لا يقدر على التعليم الا بمعنى
من قبل المتعلم وهو قابليته للتعلم والمعلم لا يقدر على تسليم المعنى
الذى من جانب المتعلم •

وقد نوقش هذا :

بأنه ان أريد أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلا فهذا
ممنوع لأن المعلم يقوم بالتلقين واللقاء وهذا مقدور على تسليمه لأنه
فعل المعلم وان أريد أن للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم
وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه
لم يظهر للتعليم أثر فهذا مسلم ولكن الذى يلتزمه المعلم انما هو
فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل غيره ولا مانع من أخذ الأجرة على
فعل نفسه •

٢ - أن تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية قرينة وهي متى حصلت وقعت عن فاعلها فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره عليها قياساً على الصلاة والصيام عن الحى *

وقد نوقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن الصلاة والصيام عن الحى لا تصح فيهما النيابة فلا يجوز الإستئجار عليهما لأنه يتوقف أصل حصولهما على النية فتكون متوقفة على صاحبها بخلاف تعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الشرعية *

٣ - أن الاخلاص شرط في العبادة وأخذ الأجر ينافي الاخلاص *

وقد نوقش هذا :

بأنه غير مسلم لأن الاخلاص أمر باطنى لا تتعلق به الأحكام الشرعية وهو من باب الحكمة وشأن الشرع أن يضيف الأحكام الى المالك لكونها منضبطة بخلاف الحكمة *

الراى المختار :

وبعد فإنبى أرى أنه يجوز أخذ الأجرة على القيام بفروض الكفاية لما ذكر عن أدلة يضاهى الى ذلك أن الأخذ بهذا الراى فيه مصلحة لأن الناس قد تهاونوا وانشغلوا عن الأمور الدينية واعرضوا عن تقديم ذلك النوع من التعليم حسبة لله عز وجل ولانشغالهم بالسعى على معاشهم فلو لم يعطوا أجراً لظلوا على اعراضهم فيقل تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية وإقامة فروض الكفاية الأخرى وبذلك يشيع الجهل بالدين بين الناس ويأثمون بترك فروض الكفاية وفى ذلك بلاء وشر مستطير يلحق هذه الأمة *

والله اعلم

الخاتمة

اللهم ارزقنا حسنها

في أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث وهي :

- ١ - وصول ثواب الدعاء والصدقة الى الموتى .
- ٢ - ان أوصى الميت قبل موته بشيء من القرب فقام الورثة بتنفيذها وصل ذلك اليه .
- ٣ - وصول ثواب النوافل وقراءة القرآن وجميع القرب التي يهدي ثوابها الى الموتى .
- ٤ - ان مقدم هذه القربات لا يحرم من الثواب بك ثوابه عظيم .
- ٥ - يجوز البكاء على الميت قبل دفنه ويعذه بشرط ألا يصحب البكاء نوحا أو جزعا ولا يعذب الميت بذلك ولكن يعذب أن أوصى بذلك أو صحب البكاء نوحا وجزعا ولطما للخدود وما الى ذلك من أفعال الجاهلية .
- ٦ - زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على حد سواء مادامت خالية من الأفعال المنهى عنها شرعا ومستجمة لأحكام الزيارة .
- ٧ - أن الموتى يسمعون كلام الأحياء وهم يتكلمون في قبورهم وينعمون ويعذبون .
- ٨ - ان الاجارة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .
- ٩ - ان العبادات والقربات المالية المحضة من الزكاة وذبح الأنضحية والمهدى وما الى ذلك من أنواع القربات المالية يصح الاستئجار عليها .

١٠ - لا يجوز للحى أن يستأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام

١١ - لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة

التي فاتته فرضاً أو نفلاً •

١٢ - انه يجوز الاستئجار للصيام عن الميت ان كان الصيام صيام

نذر ولا يجوز ان كان الصيام صيام فريضة •

١٣ - ان الشخص الصحيح القادر على السفر الى الحج ليس

له أن يستأجر غيره في الحج الواجب المفروض عليه •

١٤ - ان الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز

سواء أوصى بذلك أو لم يوص •

١٥ - يجوز الاستئجار على القرب التي لا تتعلق بعين المكلف

كالامامة والاذان وتعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما الى

ذلك من فروض الكفاية التي لا يتوقف أصل حصولها على نية •

والله اعلم

مراجع البحث

مراجع اللغة :

- ١ - القاموس المحيط للفيروزأبادى •
- ٢ - لسان العرب لابن منظور •

مراجع القرآن والتفسير :

- ١ - القرآن الكريم •
- ٢ - تفسير الفخر الرازى طبعة دار الفكر بيروت •
- ٣ - الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي طبعة دار الشعب •
- ٤ - روح المعانى للإمام الألوسى طبعة المطبعة المنيرية بالقاهرة •

مراجع الحديث :

- ١ - الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى طبعة مطبعة السعادة •
- ٢ - تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير طبعة المدينة المنورة •
- ٣ - سنن ابن ماجه طبعة دار احياء الكتب العربية •
- ٤ - سنن البيهقى طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •
- ٥ - سنن أبى داود طبعة مصطفى الحلبي •
- ٦ - سنن الترمذى ط مصطفى الحلبي •
- ٧ - سنن النسائي ط المطبعة العلمية بيروت •
- ٨ - صحيح البخارى طبعة دار الشعب •
- ٩ - صحيح مسلم ط عيسى الحلبي •
- ١٠ - زاد المعاد فى هدى خير العباد تحقيق شعيب الارنؤط ط مؤسسه الرسالة •
- ١١ - شرح معانى الآثار للطحاوى ط دار المعرفة بيروت •
- ١٢ - نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى الطبعة الأولى للمجلس العلمى •
- ١٣ - نيل الأوطار للشوكانى طبعة مصطفى البابى الحلبي •

مراجع الفقه واصوله :

الفقه الحنفى :

- ١ - الاختيار لتعليل المختار للدوصل طبعة مصطفى الحلبي .
- ٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق طبعة دار الكتب المصرية .
- ٣ - بدائع الصنائع للكاسانى طبعة الامام ، البعاصمة .
- ٤ - رد المختار على الدر المختار لابن عابدين طبعة دار احياء التراث العربى .
- ٥ - فتح القدير للكمال بن الهمام طبعة الحلبي .
- ٦ - مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر طبعة سنة ١٣٢٧هـ .
- ٧ - مراقى الفلاح شرح نور الايضاح للشرنبلالى طبعة الحلبي .
- ٨ - العناية شرح الهداية للعيني ط دار الفكر .

مراجع المالكية :

- ١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد طبعة الحلبي .
- ٢ - بغلة السالك لأقرب المسالك طبعة المطبعة العامرة .
- ٣ - جواهر الاكليل لصالح الأزهرى طبعة الحلبي .
- ٤ - حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للإمام الدردير طبعة الحلبي .
- ٥ - مواهب الجليل للحطاب طبعة مكتبة النجاح بليبيا .

مراجع الشافعية :

- ١ - المجموع شرح المذهب للإمام النووى طبعة العاصمة .
- ٢ - الفتاوى لابن حجر ط الحلبي .
- ٣ - قليوب وعميرة شرح المنهاج للبحلي طبعة الحلبي .
- ٤ - مقبى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربيني طبعة الحلبي .
- ٥ - المذهب للشيرازى طبعة الحلبي .
- ٦ - نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى طبعة الحلبي .

مراجع الحنابلة :

- ١ - كشاف القناع للبهوتى طبعة مكتبة النصر الحديثة .
- ٢ - المبدع شرح المنع لابن مفلح المؤرخ الحنبلي طبعة المكتب الاسلامي .
- ٣ - المغنى لابن قدامة المقدسى طبعة - القاهرة - ومكتبة ابن تيمية .

٤ - مجموع فتاوى ابن تيمية طبعة مكتبة ابن تيمية •

مراجع الظاهرية :

١ - المحلى لابن حزم الظاهرى طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر •

مراجع الإمامية :

١ - اللمعة الدمشقية طبعة منشورات جامعة النجف الدينية •

٢ - تحرير الاحكام طبعة القاهرة •

مراجع الزيدية :

١١ - شرح الأزمهر طبعة حجازى بالقاهرة •

الاصول :

١ - الموافقات للإمام الشاطبى طبعة دار المعرفة بيروت •

مراجع أخرى :

١ - التذكرة فى احوال الموتى وامور الآخرة للقرطبى طبعة مكتبة التوفيقية •

٢ - حقيقة التوسل والوسيلة للشيخ موسى محمد على ط دار التراث العربى •

٣ - الرد المحكم المتين على كتاب القول المبين لأبى الفضل عبد الله الغمارى طبعة مكتبة القاهرة •

٤ - الروح لابن القيم طبعة مكتبة المدنى •

٥ - فتاوى ابن الصلاح •

٦ - الفرة المنيفة فى تحقيق الامام أبى حنيفة ط مؤسسة السكتة الثقافية •

٧ - الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية لمحمد العربى القروى ط دار القلم •

٨ - اختلاف الحديث للإمام الشافعى ط دار الكتب العلمية •

احياء الاراضى الموات غير المملوكة للأفراد

فى الفقه الاسلامى

الدكتور سعد محمد حسن أبو عبدة

مدرس بقسم الفقه العام بالكلية

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان الا على الظالمين ، وأصلى وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين •

وبعد

فان الاسلام حث على طلب الرزق وتنمية الأموال ، ورغب فيها ، بل وأمر بها فى محكم كتابه ، وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، فقال عز وجل : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور » (١) ويقول سبحانه وتعالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون » (٢) وقال جل شأنه : « يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا » (٣) وقد روى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله طيب لا يقبل إلا طيبا ، وان الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين ، فقال : « يا أيها

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الملك •

(٢) الآية رقم ١٠ من سورة الجمعة •

(٣) من الآية رقم ١٦٨ من سورة البقرة •

الرسول كلوا من الطيبات واعملوا صالحا أتى بما تعملون عليم» (٤) وقال : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم » (٥) ٥٠٠ الحديث (٦) •

وعن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « طلب الحلال واجب على كل مسلم » (٧) وعن جابر — رضى الله عنه — قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من مسلم يغرس غرسا الا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه صدقة ، وما أكل السبع منه فهو له صدقة ، وما أكلت الطير فهو له صدقة ، ولا يرزؤه أحد الا كان له صدقة » (٨) . ولهذا حث الشارع الحكيم على استصلاح الأراضي واعدادها للزروع أو الغرس أو البناء أو غير ذلك ، لأن الأرض مصدر كل خير ومنبع كل نفع ، ولهذا حث النبي صلى الله عليه وسلم على احياء الأراضي الموات وعملاتها والاستفادة بخيراتها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له فيها أجر وما أكلت العافية » (٩) منها فهو له منها صدقة » (١٠) •

وهذا يدل على مدى اهتمام المشرع الحكيم بهذا الجزء من الثروة .

(٤) الآية ٥١ من سورة المؤمنون •

(٥) من الآية رقم ١٧٢ •

(٦) سنن الترمذى (باب ومن سورة البقرة) ٢٢٠/٥ طبعة :

مصطفى الحلبي بمصر •

(٧) الجامع الصغير للسيوطى ٧٥/٢ ، الطبعة الخامسة ، مطبعة :

مصطفى الحلبي بمصر •

(٨) صحيح مسلم ٦٧٨/١ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(٩) العوافى جمع عافية ، وهي كل ما يعتاف الأرض المحياة ويأكل

خيرها من انسان أو حيوان أو طير أو سبع •

(١٠) سنن الترمذى (باب من أحيأ أرضا ميتة فهي له) ٢٦٧/٢ •

نسخ دار احياء السنة النبوية •

وضرورة العمل على أن يظل حيا دائما متجدد الحياة ، لأن الموت غير محبوب طبيعيا وعادة ، وما هو غير محبوب يجب الابتعاد عنه ، لأن حياتها حياة للإنسان ولبقية الكائنات التي تعيش على ما تخرجه الأرض • لهذا عنى الفقه الاسلامي عناية فائقة باستغلال الأراضي ظاهرها وباطنها •

المبحث الأول

تعريف الأرض الموات

أولاً : تعريف الأرض الموات في اللغة :

جاء في لسان العرب : « الموات : الأرض التي لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك أحد » (١) • وجاء في المصباح المنير : « الموات الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد » (٢) •

ثانياً : تعريف الأرض الموات عند الفقهاء :

وقد ذكر الفقهاء للأرض الموات تعريفات كثيرة بعضها يجعل العطلة عن الانتفاع بالأرض حداً للموات بصرف النظر عن كون الأرض قريبة من العمر أو بعيدة عنه ، فهؤلاء ينظرون إلى الأرض الموات باعتبار ماهيتها وحقيقتها ، فكل ما كان من الأرض معطلا لا حياة ولا استغلال فيه فعلا على الانتاج فهو موات والا فهو عامر •

والبعض الآخر جعل موقع الأرض في الأصل هو المعيار في إطلاق اسم الموات عليها ، ولذلك فقد تكون بعض المواقع مواتاً في حقيقتها ولكنها

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (موت) ٤٢٩٦/٦ طبعه دار المعارف •

(٢) المصباح المنير ٥٨٤/٢ المكتبة العلمية بيروت - لبنان •

لا تعتبر كذلك عند الفقهاء • ومن ثم فيمكن تقسيم هذه التعاريف الى قسمين :

١ - تعريفات القسم الاول :

(أ) تعريف الأرض الموات عند الأحناف :

عرف فقهاء الأحناف الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

١ - « الموات ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة » (٣) •

٢ - كما عرفها صاحب كنز الدقائق بقوله : « هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبة عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر » (٤) •

(ب) تعريف الأرض الموات عند المالكية :

كما عرف فقهاء المالكية الأرض الموات بتعريفات كثيرة نذكر منها :

١ - عرفها الشيخ الصاوي بقوله : « الموات هو الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها » (٥) •

(٣) البناية في شرح الهداية ٩/٤١٧ ، ٤١٨ ، دار الفكر •

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/٣٤ ، دار المعرفة للطباعة •

والنشر بيروت - لبنان •

(٥) بلفظ السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ٣/١٨٤ •

دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) •

٢ - وعرفها الحطاب بقوله : « الموات : الأرض التى ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها » (٦) •

(ج) تعريف الأرض الموات عند الشافعية :

جاء فى الإقناع : « الموات الأرض التى لا ملك لها ولا ينتفع بها أحد ، وقيل : هو الذى لم يكن عامرا ولا حريما لعامر قرب من العامر أو بعد » (٧) •

(د) تعريف أرض الموات عند الحنابلة :

وقد عرفها فقهاء الحنابلة بتعريفات نذكر منها :

١ - عرفها الأزهري : « بأنها الأرض التى ليس لها مالك ، ولا بها ماء ، ولا عمارة ، ولا ينتفع بها » (٨) •

٢ - وعرفها صاحب الكافي بقوله : « الأرض الدائرة التى لا يعرف لها مالك » (٩) •

(هـ) تعريف الأرض الموات عند الامامية :

عرف فقهاء الامامية الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

(٦) مواهب لشرح مختصر خليل ٢/٦ ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، دار الفكر •

(٧) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ٧٨/٢ ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) •

(٨) المبدع فى شرح القنق ٢٤٨/٥ ، المكتب الاسلامى •

(٩) الكافي فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٣٤٥/٢ ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، المكتب الاسلامى •

١- « هي التي لا يملكها أحد ، ولم يتعلق بها حق لأحد ، ولا ينتفع بها أحد ، لعدم وصول الماء إليها ، أو لغلبة وفيضانه عليها أو لسوء تربتها ، أو لما فيها من العوائق كالأحجار والصخور والأشواك وما إلى ذلك مما يحول دون الانتفاع بها » (١٠) •

٢- وقيل : « الموات : هو القدر الذي لا ينتفع به لعطلته ، أما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيغامه (١١) أو غير ذلك من موانع الانتفاع » (١٢) •

٢- تعريفات القسم الثاني :

أما أبرز التعريفات التي تمثل القسم الثاني فهي التعريفات المنسوبة إلى فقهاء الحنفية بشكل خاص ، يقول صاحب البدائع عند تفسيره لأرض الموات : « فالأرض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد ، ولا حقاً له خاصاً ، فلا يكون داخل البلد موات أصلاً » (١٣) ويقول السرخسي : « وأصح ما قيل في حد الموات أن يقف الرجل في طرف العمران فينادي بأعلى صوته فإن أي موضع ينتهي صوته يكون من فناء العمران ، لأن سكان ذلك الموضع يحتاجون إلى ذلك لرعى

(١٠) فقه الإمام جعفر الصادق ٤٦/٥ ، دار مكتبة الهلال بيروت - لبنان •

(١١) الاستيغام : أن يكون كثير القصب ، أو ما إليه مما يمنع من الانتفاع بالأرض ، انظر فقه الإمام جعفر الصادق ٤٦/٥ •

(١٢) شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجفري ١٦٨/٢ ، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت - لبنان ١٩٧٨ م •

(١٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ ، الناشر ذكرها على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر •

المواشي وما أشبه ذلك» (١٤) . وروى عن أبي يوسف — رحمه الله — عند وصفه لأرض الموات قوله : « أرض الموات بقعة أو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر » (١٥) ويقول الطحاوي : « وما قرب من العامر فليس بموات » (١٦) وجاء في المادّة ١٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية : « هي الأرض التي ليست ملكا لأحد ولا هي مرعى ولا محتطبا لقصبته أو لقرية بعيدة عن أقصى العمران ... بمعنى أن جهير الصوت لا يسمع من أقصى الدور التي في طرف تلك القصبه أو القرية » (١٧) .

ولو أننا دققنا النظر جيدا فيما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات لوجدنا أن ما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات في القسم الأول يجعل أرض الموات قاصرا على العطلة عن الانتفاع ، ومع ذلك نرى كثيرا من المواضع معطلة فعلا عن الانتفاع ومع ذلك لا تعتبر في أعداد الأرض الموات ، كالأراضي المحمية غير المستعملة وبعض الأراضي المعدنية ونظائرها .

أما تعريف الفقهاء لأرض الموات في القسم الثاني فانهم يقصرون أرض الموات على الأراضي التي تكون بعيدة عن العمران ، بالإضافة إلى أنها ليست ملكا لأحد ، وهذه كلها شروط .

ويمكن أن نستخرج مما ذكره الفقهاء من تعريفات لأرض الموات تعريفا متضمنا لما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات ، فأقول وبالله

(١٤) المبسوط ١٦٦/٢٣ ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت — لبنان .

(١٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ .

(١٦) البناية في شرح الهداية ٤٩٨/٩ .

(١٧) مجلة الأحكام العدلية المادّة ١٢٧٠ .

الوثوقيق : « الموات : هو الأرض المغفلة عن الانتفاع والمجردة عن الحقوق والاختصاصات ، مع عدم استبعادها فعلا للانتاج والاثمار »

المبحث الثاني

تعريف احياء أرض الموات

أولاً : تعريف الاحياء في اللغة :

المراد بالاحياء في اللغة جعل الشيء حياً ، أى ذا قوة حساسة أو نامية بعد أن كان متجرداً منها ، وينطبق هذا المعنى على الأرض حيث يتم نقل الأرض الموات من هذه الحالة الى حالة الخصب والثماء ، وهذا من قبيل المجاز لأن حقيقة الحياة هي نقيض الموت (١) .
جاء في لسان العرب : « الحى من كل شيء نقيض الموات ، والمجنح احياء ، وأرض حية مخصبة ، وأحيينا الأرض وجدناها حية النباتات غضة » (٢) .

(١) يقول الشيخ البيهقي : المراد باحياء الموات عمارة الأرض الميثة ، فشبهوا عمارة الأرض الميثة بالاحياء الذى هو ادخال الروح في الجسد بجامع النفع فى كل ، واستعاروا الاحياء من المشبه به للمشبه على طريق الاستعارة التصريحية الأصلية ، أو شبهوا الأرض الميثة بالميت بجامع عدم النفع فى كل وحذفوا لفظ المشبه به ورمزوا اليه بشيء من لوازمه وهو الاحياء على طريق الاستعارة بالكناية وذكر الاحياء تخييل وهو قرينة الكناية : انظر حاشية البيهقي ٢/٣٧ ، ٣٨ ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الكبرى ببغداد بمصر ١٣٠٧ هـ .

(٢) لسان العرب مادة (حيا) ١٠٧٦/٢ ، وانظر أساس البلاغة للزمخشري ص ١٥٠ أساس البلاغة دار صادر بيروت ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م مختار الصحاح المطبعة الاميرية بالقاهرة بمصر ١٣٣٨ هـ - ١٨٢٠ م ، تاج العروس الطبعة الاولى ١٣٠٦ هـ المطبعة الخيرية بمصر ، القناموس المحيط ، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع بمصر ، ومحتاج الصحاح ص ١٦٦ .

وجاء في تاج العروس : « والحياء من كل شيء ضد الميت ، ومنه
 هوله تعالى : « وما يستوى الأحياء ولا الأموات ، وأرض حية مخصصة
 وأحيينا الأرض ، وجدناها خصبة غضة النبات » (٣) .

ثانيا : تعريف الأحياء في الاصطلاح :

أما الأحياء في اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن عملية مرحلية يراد
 بها بحث النشاط والحياة في الأراضي المجدبة الميتة وإعدادها للقيام
 بمهمتها الأصلية وهي الانتاج ، فالأحياء إذن تهية الأرض وإعدادها
 لعملية الانتاج .

يقول الطحطاوى في حاشيته : « المراد بالأحياء جعل الأرض
 صالحة لاثماء الزرع بعد أن لم تكن كذلك ، لأن أحياء كل شيء بما
 يليق به » (٤) .

وعرفه ابن عرفة بقوله : « الأحياء لقب لتعمير دائر الأرض
 بما يقتضى عدم انصراف العمر انتفاعه بها » (٥) . ويقول الشيخ
 البيهقورى : « المراد بأحياء الموات عمارة الأرض الميتة » (٦) ويقول
 الشوكانى : « الأحياء أن يعمد شخص إلى أرض لم يتقدم ملك عليها
 لأخذ فيحييها بالنسقى أو الزرع أو الغرس أو البناء » (٧) .

(٣) تاج العروس فصل الحاء باب الواو والياء ١٠/١٠٥ ، وانظر
 القاموس المحيط فصل الحاء باب الواو والياء ٤/٣٢١ ، ٣٢٢ ومجمل
 اللغة ١/٢٥٨ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٤/٢١٤ ، طبعة بولات
 بصر ١٢٨٢ هـ .

(٥) حاشية البناني بهامش شرح الزرقانى على مختصر خليل ٧/٦٤
 دار الفكر بيروت - لبنان ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

(٦) حاشية البيهقورى ٢/٣٧ .

(٧) نيل الهمطار ٥/٣٠٣ ، الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ ، المطبعة العثمانية
 المصرية .

المبحث الثالث

حكم احياء الأرض الموت

احياء الأرض الموت جائز (١) • والدليل على جوازه ما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيأ أرضاً ميتة فله فيها أجر وما أكله العوافى منها فهو له صدقة » (٢) ، يقول الشيخ سليمان البيجرمي تعقيباً على هذا الحديث « فهو له صدقة أى يثاب عليه كثواب الصالحة وان كان فى مقابلة عملهم ولا يتوقف ذلك على نية ، بل يثاب على ذلك ولو لم ينو وكان ذلك لغرض نفسه ، لأن الأحياء سنة ، وما كان واجباً أو سنة لا يتوقف حصول الثواب فيه على

(١) جاء فى مجمع الأنهر : ومشروعيته - أى مشروعية إحياء الأرض الموت - بقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » مجمع الأنهر ٥٥٧/٢ ، دار الطباعة العامة ١٣١٩ هـ .

ويقول لأخطاب ضمن حديثه عن إحياء الأرض الموت : « وحكمه جائز وهى سبب الملك » مواهب الجليل ٢/٦ ، وجاء فى تكملة المجموع : « يستحب إحياء الموت » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ ، تكملة المجموع ، الناشر زكريا على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر .

ويقول صاحب الكفاي : « ويجوز الأحياء من كل من يملك المال » الكفاي فى فقه الإمام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ .

(٢) مختصر سنن أبى داود ٣٦٥/٤ ، والموافي طآب الرزق من الناس والحيوانات والطيور وكل حى يناله نفع من هذا الإصلاح ، نهاية المحتاج ٣٣١/٥ وحاشية الشبراسلى عليه •

وقال أبو عبيد : العافية من السباع والطين والناس وكل شئ يعتاقه ، الأموال ص ٣٦٢ مختصر سنن أبى داود ، مطبعة السنة المحمدية نهاية المحتاج ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

نية» (٣) • وقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » (٤) • وقد أجمع الفقهاء (٥) على جواز إحياء الأرض الموات •

الفصل الأول

شروط إحياء أرض الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

أذن الإمام في إحياء أرض الموات

اختلف الفقهاء في إحياء أرض الموات التي ليست ملكاً لأحد ، وفي نفس الوقت غير منتفع بها بآى وجه من وجوه الانتفاع ، هل يتوقف إحياء هذه الأرض وتعميرها على صدور إذن من الإمام أم لا ؟ على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

أن إحياء الأرض الموات التي ليست ملكاً لأحد ، وغير منتفع بها بآى وجه من وجوه الانتفاع لا يتوقف إحيائها وتعميرها على صدور إذن من الإمام ، بل يجوز لأى فرد إحياء هذه الأرض وتعميرها ولو أم.

(٣) حاشية البجيرى ٢٠٩/٣ ، مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢ هـ سنن

الترمذى الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(٤) سنن الترمذى ٦٥٥/٣ ، ومسنن الإمام أحمد بن حنبل ٣٣٨/٣ ، ٣٥١ ، ٣٨١ ، دار الفكر العربى •

(٥) منهج الطلاب بكامل حاشية البجيرى ٢٠٩/٣ ، والمفنى

لابن قدامة ١٤٧/٦ ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان •

بإذن الامام سواء كانت هذه الأراضي قريبة من العمران أم بعيدة عنها وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الجنتية (١) ، وبعض فقهاء المالكية (٢) ، ورأى عند الشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) ، والظاهرية (٥) ، وبعض فقهاء الزيدية (٦) ، والامامية في حالة غياب الامام (٧) .

لبقة الرأي الاول :

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي على جواز احياء الأرض الموات التي ليست ملكا لأحد وغير مفتنع بها بأي وجه من الوجوه بدون اذن الامام بما يأتي :

(١) يقول السرخسي : « وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لاجابة فيه الى اذن الامام ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد اذن في ذلك وملكها ممن احياءها » المبسوط ١٦٧/٢٣ وانظر بدائع الصنائع ٢٨٣٥/١٠ (٢) « وقال أشهب وكثير من أصحابنا وغيرهم يحيها من شاء بغير اذنه قاله سحنون » شرح الزرقاني على الموطأ ٢٩/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع واستحب أشهب اذن الامام لئلا يكون فيه ضرر على أحد ، انظر المرجع السابق .

(٣) وجاء في تكملة المجموع : « ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخير » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ لكن يستحب اذن الامام خروجاً من الخلاف ، انظر مغني المحتاج ٣٦١/٢ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م .

(٤) ويقول صاحب الكافي : « ولا يفتقر الى اذن الامام للخير » الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٥/٢ .

(٥) يقول ابن حزم : « كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرة في الإسلام فهي لمن سبق إليها وأحيائها سواء بإذن الامام قبل ذلك أو بغير اذنه ، لا اذن في ذلك للامام ولا للأمر » انظر المحلى لابن حزم ٢٣٣/٨ خازن الآفاق الجديدة بيروت - لبنان .

(٦) البحر الزخار ٧١/٤ مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان .

(٧) شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجفري ١٦٧/٢ .

أولا : ما روى عن سعيد بن زيد - رضى الله عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (٨) •

ثانيا : ما روى عن أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أضر أرضا لم يستل أحد فهو أحق » (٩) •

ثالثا : ما روى عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة له فيها أجر وما أكلت العافية منها فهو له منها صدقة » (١٠) •

رابعا : ما روى عن فضالة بن عبيد قال : قال رسول الله صلى الله

- (٨) سنن أبي داود (باب فى احياء الموات) ١٧٤/٢ ، وسنن الترمذى (باب ماذكر فى احياء ارض الموات) ٦٥٣/٣ ، سنن أبى داود ، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ، الموطن ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) والموطن (باب القضاء فى عبارات الموات) ٧٤٣/٢ ، والعرق الظالم : أن يفرس الرجل فى أرض غيره فيستحقها بذلك • وقال مالك : والعرق الظالم كل ما أخذ أو احتقر أو غرس بغير حق • سنن أبى داود ١٧٥/٢ ، والموطن ٧٤٣/٢ وقيل للعرق الظالم : الغاصب الذى يأخذ ما ليس له • سنن الترمذى ٦٥٤/٣ • وقال القاضى عياض : أصل العرق الظالم قهر الفرس يفرسه فى الأرض غير ربهما ليستوجبها به ، شرح الزرقاني على الموطن ٢٩/٤ •
- (٩) صحيح البخارى (باب من أحيا أرضا مواتا) ١٤٠/٣ • دار الشعب ، قال عروة : قضى به عمر فى خلافته • انظر المرجع السابق •
- (١٠) سنن الداريمى (باب من أحيا أرضا ميتة فهي له) ٣٦٧/٢ • نشر دار احياء السنة النبوية •

عليه وسلم : « الأرض لله والعباد لله من أحياء أرضاً ومواتاً فهي له » (١١) •

خامساً : ما روى عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، ومن أحياء مواتاً فهو أحق به ، جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وسلم الذين جاءوا بالصلوات عنه » (١٢) •

وجه الاستدلال :

أن هذه الأحاديث جاءت مطلقة لم تقيد أحياء الأرض الموات بأذن الامام أو عدم أخذه ، والمطلق يجري على إطلاقه ، وبناء على هذا فإن أحياء الأرض الموات واستصلاحها يجوز لأي شخص القيام به مادامت هذه الأراضي ليست ملكاً لأحد ولا ينتفع بها بأي وجه من الوجوه سواء أذن الامام في ذلك أم لا ، ويكفي إذن النبي صلى الله عليه وسلم •

يقول صاحب روضة الطالبين بعد ذكر هذه الأحاديث : « ويكفي فيه إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأحاديث المشهورة » (١٣) •

سادساً : القياس :

واستدل صاحب هذا الرأي بالاضافة الى الأحاديث السابقة

(١١) نصب الرأية ٢٩٠/٤ الطبعة الأولى ١٣٥٧ • المطبعة العثمانية المصرية •

(١٢) سنن أبي داود (باب في أحياء الموات) ١٧٥/٢ • الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م مطبعة مصطفى الحلبي •

(١٣) روضة الطالبين ٢٧٨/٥ طبع ونشر المكتب الاسلامي ومغنى المحتاج ٣٦١/٢ •

بالتفقياس على الماء والجميد والكلا وغير ذلك من أنواع المباحات، وقالوا :
 أن الأراضي الموات مباحة للجميع فمن قام باحيائها وتعميرها بغير إذن
 الإمام فهم أحق بها من غيره قياسا على الصيد والكلا والماء والاحتطاب
 حيث تكون هذه الأشياء حقا لمن يستولى عليها دون حاجة الى إذن
 الامام ، وهذا شأن المباح فمن سبق اليه فهو أحق به سواء أذن الامام
 في ذلك أم لم يأذن (١٤) .

وقد استدل ابن حزم بالاضافة الى الأدلة المتقدمة بما روى عن
 سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : كان عمر بن الخطاب يخطب على
 هذا المنبر يقول : يا أيها الناس من أحيأ أرضا ميتة فهي له ، وجاء
 أيضا عن علي ، فهذا بحضرة الصحابة علانية لا ينكره أحد منهم (١٥) .

مناقشة أدلة الرأي الأول :

هذا وقد اعترض بعض فقهاء الحنفية على الأحاديث التي استدل
 بها أصحاب هذا الرأي والقائلين بعدم توقف احياء الأراضي الموات
 على إذن الامام بما يأتي .

(١٤) يقول صاحب البهاج : « ولأنه مباح استولى عليه فيملكه
 بدون إذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلاً » بدائع الصنائع ٢٨٥٢/٨
 ويقول صاحب مغنى المحتاج : « ولأنه مباح كالاحتطاب والاصطياد
 لكن يستحب استئذانه خروجا من الخلاف » مغنى المحتاج ٣٦١/٢ .
 ويقول صاحب الكافي : « ولأنه تملك مباح فلم يفتقر الى إذن
 كالصيد » الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .
 ويقول صاحب سبل السلام بعد أن ذكر حديث عائشة - رضى الله
 عنها : ودليل الجمهور هذا الحديث والقياس على مياه البحر والنهر
 وما صيد من طير وحيوان ، وأنهم اتفقوا على أنه لا يشترط فيه إذن الإمام .
 مبطل السيلا ٨٢/٣ ، الطبيعة الراجحية ١٢٧٩ هـ - ١٩٦٥ م مطبعة
 مصطفى الحلبي .

(١٥) المحلى لابن حزم ٢٣٦/٨ .

أولاً : أن هذه الأحاديث إنما كانت أذناً من الرسول صلى الله عليه وسلم لأئمة معينين وليست تشريعاً عاماً ، ومن حق الإمام أن يأذن لأئمة بأحياء الأراضى الموات وتملكها ولا يأذن لغيرهم ، ومن حقه أيضاً عدم الأذن في أحيائها لأحد إذا رأى المصلحة في عدم أحيائها ، ومثل هذا قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلاً فله سلبه » (١٦) فهذا كان أذناً منه صلى الله عليه وسلم خاصة ببعض المقاتلين وليس تشريعاً عاماً ، بل لتحريض بعض المقاتلين على القتال ، حتى لو قتل الغازي في زماننا لا يكون السلب له إلا أن يأذن له الإمام فذلك هنا (١٧) فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » من هذا القبيل (١٨) .

ثانياً : أن هذه الأحاديث إنما هي لبيان السبب في تملك هذا الذوع من الأراضى بمعنى أن قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » وغيره من الأحاديث التي استدل بها الرأى الأول يدل على أن سبب تملك الأراضى الميتة هو أحيائها وتعميرها بعد إذن الإمام ، فإذا كان شرط في التملك ، والأحياء سبب فيه ، وليس في الفاظ هذه الأحاديث ما ينفي هذا الشرط (١٩) . بل أن قوله صلى الله عليه وسلم : « وليس لعرق ظالم حق » ما يدل على اشتراط إذن الإمام

(١٦) فتح البارى بشرح صحيح البخارى (باب من لم يخمس الأسلاب) ٢٤٧/٦ طبعة دار المعرفة - بيروت .

(١٧) البناءة في شرح الهداية ٤٢٥/٩ ، وشرح العناية على الهداية

٧٠/١٠ ، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م طبع مصطفى الحلبي .

(١٨) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ .

(١٩) المرجع السابق .

في أحياء أرض الموات وتملكها ، لأن السبق على رأى الامام واتخذ بطريق التغليب في معنى عرق ظلّم فينبغى أن يشترط (٢٠) .

الرأى الثانى :

أن أحياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه لا يجوز أحيائها وتعميرها الا بأذن من الامام ، فمن أحيأ أرضا مواتا فهى له اذا أجازها الامام ، ومن أحيأها بغير اذن الامام فليس له ، وللامام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما يراه من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . وإلى هذا ذهب الامام أبو حنيفة (٢١) — رضى الله عنه — كما ذهب الى ذلك أيضا مكحول وابن المسيب وابن سيرين والنخعى (٢٢) .

أدلة الرأى الثانى :

استدل الامام أبو حنيفة على رأيه بالأدلة الآتية :

أولا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » (٢٣) .

فهذا الحديث يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ شيئا دون أن.

(٢٠) البناية فى شرح الهداية ٤٢٤/٩ ، والمبسوط ١٦٧/٢٣ .

(٢١) يقول صاحب الينابيع : « فالملك فم الموات يشبث بالأحياء بأذن الامام عند ابن حنيفة » ، بناهج الصنائع ٢٨٥٢/٨ ، والمبسوط . ١٦٧/٢٣ .

(٢٢) عمدة القارىء للعيني ١٧٦/١٢ طبعة دار الطباعة المنيرة .

(٢٣) كنوز الحقائق فى حديث الخلاق ٨٠/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير ، الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .

تطيب نفس الامام ، وهو لا يكون الا باذنه ، فاذا لم يأذن الامام فلم تطب نفسه به فلا يكون له (٢٤) • وينطبق هذا على احياء أرض الموات ، فلا تطيب نفس الامام باحياء الأرض الا باذنه ، فاذا أذن الامام لشخص باحياء أرض وتعميرها فقد طابت نفس الامام ويتملك الشخص حينئذ ما قام باحيائه •

وهذا الحديث وان كان عاما يشمل الأراضي الموات وغيرها الا أنه خاص باحياء الأراضي الموات التي ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها • جاء في شرح العناية ما نصه « أقول : لقائل أن يقول أن اعتبر عموم هذا الحديث يازم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه ، اذ لا شك أن كل واحد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير توقف على اذن الامام ، وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ها هنا • فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام ، وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه ، قلت : كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج الى رأى الامام (٢٥) •

مناقشة هذا الدليل :

وقد اعترض ابن حزم على هذا الحديث فقال : فأما من ذهب مذهب أبى حنيفة فاحتجوا بخبر من طريق عمرو بن واقد عن موسى ابن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبى أمية قال : " نزلنا دابق (٢٦) وعلينا أبو عبيدة بن الجراح فقتل حبيب بن مسلمة قتيلا من الروم ، فأمران

(٢٤) بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨ •

(٢٥) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ •

(٢٦) دابق : قرية قرب حلب •

عبيدة أن يخلص سلبه ، فقال له حبيب : ان الرسول صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل ، فقال له معاذ بن جبل : مه يا حبيب انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما للمرء ما طابت به نفس امامه » وقالوا : لما كان الموات ليس أحد أولى به من أحد أشبه ما في بيت المال ، ما تعلم له شبهة غير هذا . قال على : أما الأثر فموضوع لأنه من طريق عمرو بن واقد وهو متروك باتفاق من أهل العلم بالآثار ، ثم هو حجة عليهم لأنهم أول من خالفه فأباحوا الصيد لمن أخذه بغير إذن الإمام ، فان ادعوا اجماعا كذبوا لأن في التابعين من منع من الصيد في دار الحرب وجعله من المنعم ، ولا يعارض بمثل هذا الأثر الكاذب حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلب للقاتل وبالأرض لمن أحيها ، ثم يستطرد قائلا : ثم لو صح هذا الخبر الموضوع لكان حجة لنا ، لأن النبی صلى الله عليه وسلم قد قضى بالموات لمن أحيها ، وهو عليه السلام الامام الذى لا امامة لمن لم يأت به « (٢٧) » .

ثانيا : ما روى عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض الله وأرسوله ثم لكم من بعدى فمن أحيى شيئا من موات الأرض فله رقبته » (٢٨) .

يقول البرجسى تعني على هذا الحديث : « فما كان مضافا الى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم فالتقدير فيه الى الامام فلا يستهد أحد به بغير إذن الامام كخمس الغنيمة ، فرسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أشار الى أن هذه الاراضى كانت في يد المشركين ثم صارت في يد المسلمين بايجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله

تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان بهذه الصفة لم يختص
أحد بشيء منه دون إذن الامام كالفنائم » (٢٩) •

ثالثا : قال عليه الصلاة والسلام : « لا حكم الا لله ورسوله » (٣٠) ،
فحل حكم الأراضى للامام (٣١) •

رابعا : ولأن الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من إذن الامام .
كسائر الفنائم ، والدليل عليه أن (غنيمة) اسم لما أصيب من أهل
الحرب بايجاف الخيل والركاب والموات كذلك ، لأن الأرض كلها كانت
تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا ، فكانت
كلها غنائم ، فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من غير إذن الامام .
كسائر الفنائم بخلاف الصيد والحطب والفحشيش لأنها لم تكن في أيدي
أهل الحرب ، فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء وأثبت اليد عليها (٣٢) •

الراى الثالث :

يرى المالكية التفريق بين الأراضى الموات البعيدة عن العمران
وبين الأراضى الموات القريبة من العمران ، فإذا كانت الأراضى الموات
التي ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بعيدة عن العمران جاز لأى إنسان
أن يقوم باحيائها وتعميرها دون توقف على إذن الامام ، أما اذا كانت
الأراضى الموات التي ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها قريبة من العمران .

فإنه لا يجوز لأي إنسان القيام بأحيائها وتملكها إلا بأذن الإمام ، فإن قام شخص بأحياء الأراضى القريبة من العمران بدون إذن الإمام كان الإمام بالخيار بين امضائه أو اعتباره متعديا فيعطيه قيمة ما بنى أو غرس أو زرع ويثبتته للمسلمين ، أو يعطيه لغيره من المسلمين ، ولا غرم عليه فيما مضى من الانتفاع وذلك لأنه أصل مباح (٣٣) .

وحد القريب ما تلحقه الماشية بالرعى في غدوها ورواحها وهو مسرح ومحتطب ، وأما ما كان على اليوم وما قاربه وما لا تدركه المواشي في غدوها ورواحها فهو من البعيد (٣٤) .

يقول الباجي : فالأوت على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب ، فأما ما بعد من العمران فقد قال مالك يحييه بغير إذن الإمام ، وأما التي تقرب من العمران فلا يحييها أحد إلا بأذن الإمام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب » .

ثم يستطرد فيقول : إذا قلنا أنه لا يحيى إلا بأذن الإمام فأحيا رجل أرضا قريبة من العمران بغير إذن الإمام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فإن فعل نظر الإمام فإن رأى إبقاءه له فعل ، وإن رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل « (٣٥)

(٣٣) الشرح الصغير بأسفل بلفة المسالك ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، شرح الخرشى ٧٠/٧ دار صادر بيروت - لبنان .

(٣٤) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٢٩/٦ ، الطبعة الأولى ٣٣٢ هـ مطبعة السعادة بمصر ، دار الكتاب العربي بيروت - لبنان ، وحاشية الشيخ على العدوى بهامش شرح الخرشى ٧٠/٧ .
(٣٥) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٢٧/٦ ، ٢٨ .

أبواب المالكية :

هذا وقد استدل فقهاء المالكية على رأيهم بما يأتي :

أولا : استدل الباجي على جواز أحياء الأرض البعيدة بغير إذن الامام بقول : « والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » وهذا عام فيحمل على عمومها (٣٦) » • ويقصد بذلك سواء أذن الامام في الأحياء والتعمير أم لم يأذن •

ثم يقول الباجي : « ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيي فلم يحتج في أحيائها الى إذن الامام كما لو ملكها المحيي » (٣٧) •

ثانيا : ما روى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ، يقول الزرقاني في شرح هذا الأثر : « فهي له بمجرد الأحياء ولا يحتاج لأذن الامام في البعيدة عن العمارة اتفاقا ، قال مالك معنى الحديث في فيافي الأرض وما بعد من العمران ، فان قرب فلا يجوز أحياءه الا بأذن الامام (٣٨) » •

ثالثا : أما اذا كانت الأراضي الموات قريبة من العمران فلا يجوز أحيائها وتعميرها الا بأذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم » • فهذا الحديث يبين أن الذي يقوم بأحياء الأراضي الموات القريبة من العمران والتي ليست

(٣٦) المرجع السابق ٢٧/٦ •

(٣٧) المنتقى شرح الموطأ ٢٨/٦ •

(٣٨) شرح الزرقاني على الموطأ ٢٩/٤ دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع •

ملكاً لأحد قد يظلم غيره ، ويستتسر الناس من أحيائه لهذه الأراضي بسبب تضيقه عليهم ، ومن ثم يتوقف أحيائها على إذن الامام (٣٩) .

الرواى المراجع :

بعد هذا العرض للآراء الفقهاء وأدلتهم فأننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أبو حنيفة ومن وافقه فى أنه لابد من إذن الامام فى أحياء الأراضي الموات التى ليست ملكاً لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه ، لأن فى إذن الامام تحقيق مصالح الناس ويدفع الكثير من الضرر عنهم ، لأن عدم الإذن يؤدى الى التشاحن والتنازع بين الناس . وذلك حين يختلف شخصان على موضع واحد (٤٠) . هذا بالإضافة الى

(٣٩) المنتقى شرح الموطأ ٢٧/٦ ، ٢٨ .

(٤٠) قيل لأبى يوسف ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذه الأمان من شيء لأن الحديث قد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيأ أرضاً مواتاً فهى له » فبين لنا ذلك الشيء ، فانا نرجوا أن تكون قد سمعت منه فى هذا شيئاً يحتج به ، قال أبو يوسف : حجته فى ذلك أن يقول : الأحياء لا يكون الا بإذن الامام . أرايت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعاً واحداً وكل واحد منهما منع صاحبه أيهما أحق به ؟ أرايت ان أراد رجل أن يحيى أرضاً ميتة بفناء رجل وهو مقر أن لاحق له فيها فقال : لاتحيها فانها فنائى وذلك يضرنى ، فانما جعل أبو حنيفة إذن الامام فى ذلك طائفاً فصلاً بين الناس ، فإذا إذن الامام فى ذلك لانسان كان له أن يحييها وكان ذلك الإذن جائزاً مستقيماً ، وإذا منع الامام أحداً كان ذلك المنع جائزاً ، ولم يكن بين الناس التشاح . فى الموضع الواحد ولا الضرار فيه مع إذن الامام ومنعه .

انظر البخراج لأبى يوسف ص ٦٤ ، دار المشرق للطباعة والنشر والتوزيع .

أن انتزاع اذن الامام يؤدى الى تمكين الدولة من التخطيط المسبق للاحياء في أى الأماكن ، ولأن يكون ، وبأى شئ يكون ، مراعية في ذلك حاجتها ، وحاجة المواطنين وطبيعة الأرض ومرافقها وغير ذلك ، فالدولة مسئولة عن ذلك . ومن ثم كان لابد من صدور اذن من الامام لاهياء الاراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها .

المبحث الثانى

تجرد الموات من الحقوق المتعلقة به

لا يكفى في احياء الأرض الموات وتعميرها أن تكون بالفعل أرضا مجدية مغطاة عن الانتفاع وانما لابد لها بالاضافة الى ذلك أن تكون مجردة عن سائر الحقوق العامة والخاصة المقررة عليها ، لأن الأرض الموات قد تكون مثقلة ببعض الحقوق العامة كالحمى ونحو ذلك ، كما قد تكون أيضا مثقلة ببعض الحقوق الخاصة .

ومن أهم ما ذكره الفقهاء من هذه الحقوق وأكدوا على ضرورة تجرد الأرض الموات المراد احيائها منه هي ثلاثة حقوق :

١ — حق التحجير • ٢ — حق الاقطاع • ٣ — حق الحمى •

ومن ثم فسيكون حديثنا — ان شاء الله تعالى — عن هذه الحقوق في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول

حق التحجير

لقد احترم الفقه الاسلامى ارادة الساعين الى احياء الأرض الموات وتعميرها ، وحافظ على تحقيق رغبتهم في اصلاح هذه الاراضى ، (٢٧ — شريعة)

ومن ثم فقد اعتد الفقه الاسلامي بكل وسيلة من الوسائل الدالة على هذه الرغبة ، وأطلق عليها الفقهاء التحجير • فما هو التحجير ، وما المقصود منه ، وما هي الحقوق المترتبة عليه ، وما الحكم لو قام شخص بإحياء الأرض المحجرة لغيره ؟ هذه بعض نقاط تتعلق بالتحجير أردت التحدث فيها دون التعرض لباقي الأحكام التي تتعلق بالتحجير حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث • فأقول وبالله التوفيق •

أولاً : تعريف التحجير :

١ — تعريف التحجير في اللغة : جاء في المصباح المنير : « احتجرت الأرض جعلت عليها منارا وأعلنت علما في حدودها حيازتها » (١) • ويقول ابن الأثير : « يقال . حجرت الأرض واحتجرتها إذا ضربت عليها مزارا تمنعها به عن غيرك » (٢) • ويقول صاحب تاج العروس : « احتجرت الأرض وحجرتها ضرب عليها منارا وأعلم علما في حدودها للحيازة يمنعها به عن الغير » (٣) •

مما سبق يتضح أن المراد بالتحجير في اللغة وضع العلامات أو ضرب الأعلام على حدود قطعة الأرض المراد حيازتها ، وذلك منعا من التجاوزات التي قد تأتي من قبل الغير •

٢ — تعريف التحجير في الاصطلاح :

بالنظر الى تعاريف الفقهاء للتحجير نجد أنهم اختلفوا في تعريفه على ثلاثة آراء فمنهم من اقتصر في تعريف التحجير على ما ورد في

(١) المصباح المنير ١/١٢٢ •

(٢) لسان العرب مادة (حجر) ٢/٧٨٤ •

(٣) تاج العروس فصل الحاء من باب الراء ٣/١٣٧ ، الطبعة

الأولى ١٣٠٦ هـ المطبعة الخيرية بمصر •

اللغة من أنه عبارة عن علامة أو اشارة على ارادة الاحياء لمنع الغير من التعرض لقطعة الأرض المراد احيائها . وذلك بوضع أحجار أو أسواك أو نحو ذلك على الأرض المراد احيائها وتعميرها ، ومن هؤلاء الفقهاء الحنفية (٤) والزيدية (٥) ، ومنهم من ذهب في تعريف التحجير الى أنه شروع في عملية الاحياء ، وذلك بنقل الأراضى الموات من حالتها المجبة الى حالة الخصب وصلاحياتها للانتاج مثل حفر بئر أو مد مجرى ونحو ذلك . ومن هؤلاء الفقهاء الحنابلة (٦) وبعض فقهاء الامامية (٧) ، أما فقهاء الشافعية (٨) فان التحجير عندهم فانه يشتمل على وضع العلامات على الأراضى المراد احيائها مع الشروع في العمل معا .

(٤) جاء في الاختيار : « التحجير : أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو احراق الشوك ونحوه فانه تحجير » . الاختيار لتعليل المختار ٢/٣٣٨ طبع الجهاز المركزي للكتب .

(٥) ويقول الشوكاني : « والتحجير بضرب الأعلام في الجوانب ، السيل الجرار المتدفق ٢٢٨/٣ السيل الجرار المتدفق : الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(٦) وجاء في المبدع : « تحجير الموات : الشروع في احيائه من غير أن يتمه مثل أن يحيط حول الأرض تراباً أو بجدار صغير أو بحفر بئر المبدع في شرح المقنع ٥/٢٥٧ .

(٧) يقول الامام جعفر الصادق في وصفه للتحجير : « كما لو وضع علامات تدل على سبقه من تسوير الأرض ، أو جمع التراب أو حفر قناة وما الى ذلك » فقه الامام جعفر الصادق ٥/٤٨ .

(٨) جاء في روضة الطالبين : « الشارع في احياء الموات متحجر ما لم يتمه ، وكذا اذا أعلم عليه علامة للعمارة من نصب أحجار ، أو غرز خشبات أو قصبات ، أو جمع تراب ، أو خط خطوط » روضة الطالبين ٥/٢٨٦ .

والواقع أن التحجير لا يدل بمفهومه في الاصطلاح على أكثر من
الإمارة والدلالة على إرادة الأحياء .

ثانيا : المقصود من التحجير :

يقصد بالتحجير للأرض الموات منع الغير من الاقدام على احيائها
فترة من الزمن والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بسكون
الجيم وهو المنع من الشيء ، أو يقصد به اعلام الغير بقصد استصلاح
وتعمير رقعة من الأرض غير المنتفع بها، وذلك عن طريق وضع الأحجار
في جوانبها ، أو خط الخطوط حولها ، أو احاطتها بالأسلاك ونحو ذلك ،
والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من التحجير بفتح الجيم (٩) .

ثالثا : الحقوق المكتسبة بالتحجير :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية (١٠) على أن من يحجر مساجدة
من الأراضي الموات التي ليست ملكا لأحد وفي نفس الوقت غير منتفع
بها بأي وجه من وجوه الانتفاع يكون أحق باحيائها وتعميرها ، ويمتنع
على الآخرين استصلاحها وتعميرها ، طالما لم يبطل حق التحجير في
تحجيرها بأي سبب من الأسباب المبطل للتحجير كاعراض الحجر

(٩) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ ، ٥٥٩ ، وروضة الطالبين ٢٨٦/٥ .
وحاشية للعنقري على الروض المربع ٤٢٧/٣ ، والبحر الزخار ٧٤/٥ ،
والروضة البهية ١٣٤/٧ ، مطبعة الآداب في النجف الأشرف ، الطبعة
الأولى ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .

(١٠) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ ، روضة الطالبين ٢٨٦/٥ ، الكافي
في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ ، والبحر الزخار ٧٤/٥ ، وشرائع
الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

عما حجسوه أو تركه ، أو تطول مدة تحجيريه للأرض دون أن يبدأ في استصلاح الأراضي الموات وتعميرها .

واستدلوا على ذلك بقوله النبي صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » (١١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « منى مناخ من سبق » (١٢) فان نقله الى غيره صار الثانى أحق به ، لأن صاحب الحق آثاره به ، فان مات انتقل الى وارثه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته » .

ولأنه حق للمورث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه (١٣) .

من هذا يتضح أن التحجير للأراضي الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها يفيد أحقية المحجر لها بالتعمير والاستصلاح، فيكون أولى الناس بأحياء الأرض المحجرة من غيره على شريطة ألا يهمل تعميرها أكثر من المألوف .

وإذا كان الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد اتفقوا على ثبوت الأحقية أو الأولوية بالتحجير فى الأرض الموات للمحجر فانهم اختلفوا، هل التحجير تثبت به ملكية الأرض المحجرة للمحجر أم لا ؟ على رأيين:

الرأى الاول :

أن التحجير لا يترتب عليه ملكية المحجر للأراضي التى حجسها ، بل تثبت هذه الملكية بأحياء هذه الأراضي بالفعل ، وإلى هذا ذهب بعض

(١١) الجامع الصغير للسيوطى ١٧٩/٢ ، الطبعة النخاسية ،

مطبعة مصطفى الحلبي ، سنن أبى داود ١٧٤/٢ .

(١٢) الجامع الصغير للسيوطى ١٩٠/٢ .

(١٣) كشاف القناع ١٩٣/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م وتكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ ،

فقهاء الحنفية (١٤) ، والمالكية (١٥) ، وبعض فقهاء الشافعية (١٦) ، ورواية عند الحنابلة (١٧) ، والزيدية (١٨) ، والامامية (١٩) لأن التحجير ليس الا تمهيدا وشروعا في الاحياء وليس احياء بالفعل ، والأراضى الموات لا تملك الا بالاحياء لعموم النصوص الواردة في ذلك والتي منها : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » .

(١٤) يقول الكاساني : « ولو حجر الأرض الموات لا يملكها بالاجماع ، لأن الموات يملك بالاحياء ، لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجز غيره عن الاستيلاء عليها ، وشيء من ذلك ليس بأحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره » بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ (١٥) ويقول : الباجي : « وليس التحجير بأحياء قاله ابن القاسم في المجموعة وغيرها ، وجه ذلك أن التحجير ليس فيه احياء للأرض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فهي باقية على صفتها قبل التحجير » المنتقى شرح الموطأ ٣٠٠/٦ .

(١٦) وجاء في تكملة المجموع : « التحجير احاطة الأرض بالحجارة أو بحائط صغير ، وهو شروع في احياء الموات وليس احياء تاما ، ولذلك فانه لا يملكه بذلك ، لأن الملك لا يكون الا بالاحياء وليس هذا احياء ولكن يصير أحق الناس به » تكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ .

(١٧) ويقول ابن قدامة : « وان تحجر مواتا وهو أن يشرع في احيائه مثل أن أدير حول الأرض ترابا أو أحجارا أو أحاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالاحياء وليس هذا احياء لكن يصير أحق الناس به » المغني ١٥٣/٦ .

(١٨) ويقول الشوكاني : « والتحجير بضرب الأعلام يثبت به الحق لا الملك » السيل الجرار المتخفق ٢٢٨/٣ .

(١٩) جاء في شرائع الاسلام : « فان التحجير يفيد الأولوية لا ملكا للربة » شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

الرأى الثانى :

أن التحجير للاراضى الموات التى ليست ملكا لأحد ولا ينتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع يترتب عليه ملكية المحجر لها . وهذه الملكية تكون مؤقتة بثلاث سنين ، فان قام المحجر باحياء الأرض التى حجرها خلال هذه المدة المحددة تأيدت ملكيته للأرض والا سقطت ملكيته المؤقتة . والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٢٠) ، وبعض الشافعية (٢١) ، والرواية الثانية عند الحنابلة (٢٢) ، وان كانوا لم يصرحوا بالمدة كما ذكر فقهاء الحنفية ، لأنهم يرون سقوط حق المحجر على الأرض التى حجرها إذا لم يعمرها خلال فترة من الزمن ، وهذا يدل على توقيت هذه الملكية كما قال بعض فقهاء الحنفية .

وقد استدلل أصحاب هذا الرأى بما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب — رضى الله عنه — ليس لتحجر بعد ثلاث سنين حق (٢٣) والحق اذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك (٢٤) .

الرأى الرابع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدللتهم فاننى أرى أن الرأى الرابع هو الرأى الأول القائل بأن التحجير لا يثبت به ملكية المحجر

(٢٠) قال الاترازى : ثم الاجتجار هل يفيد الملك أم لا فيه اختلاف المشايخ ، قيل يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين . البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ .

(٢١) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ؛

(٢٢) حاشية العنقرى على البروض المربع ٤٢٧/٣ .

(٢٣) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥ ، شرح البناية على الهداية ١٠/١٢ .

(٢٤) البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ ؛

للأرض التي حجيرها ، وذلك لأن ملك الأرض الموات لا يكون إلا بأحيائها وتعميرها بالفعل ، وذلك عن طريق عمل فيها يحولها من أرض مجدبة الى أرض خصبة ، أما التحجير فما هو إلا دليل على إرادة الأحياء ، إذ ليس فيه سوى تحديد الأرض المراد أحيائها بعلامات تمنع الغير من الاستيلاء عليها •

وما استدلل به الفريق الثاني من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا يدل دلالة قاطمة على تمليك الأرض المحجرة للمحجر ، إذ يحتل أن يكون المراد بالحق في قوله — رضى الله عنه — حق الأولوية في الاستصلاح والتعمير للأراضي المحجرة وهو احتمال قائم •

من هذا نخلص أن التحجير لا يعتبر أحياء للأراضي الموات ، وإنما هو وسيلة من الوسائل الدالة على الأحياء •

رابعاً : أحياء الغير للأرض المحجرة :

بقيت نقطة أخيرة في هذا المبحث وهي إذا قام شخص بأحياء أرض محجرة لغيره هل يملك ذلك الشخص الأراضي الموات المحجرة التي أحيائها أم تظل بأقية للشخص الأول الذي حجيرها على اعتبار أنه سبق إلى تحجيرها ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : انتهينا في النقطة السابقة الى القول أن التحجير يترتب عليه أحقية المحجر للأراضي التي حجيرها ، وهذا بدوره يعطيه الحق في أحيائها وتعميرها ومنع الغير من الاستيلاء عليها واستصلاحها ، فإذا قام شخص آخر بأحياء هذه الأرض المحجرة قبل انقضاء مدة التحجير فإن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز للغير

ديانة(٢٥) أن يتعدى على حق الحجر بأحياء وتعمير الأرض التي حجرها .

لكنهم اختلفوا في تملك المحيى للأراضى الموات التي حجرها غيره قبل مضي مدة التحجير على رأيين :

الرأى الاول :

إذا قام شخص بأحياء الأرض الموات التي حجرها غيره قبل انتهاء مدة التحجير فإنه يملك هذه الأراضى التي أحيها . وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٢٦) والمالكية(٢٧) ، وبعض فقهاء الشافعية(٢٨) ، ورواية عند الحنابلة(٢٩) ، وبعض فقهاء الزيدية(٣٠) وبعض فقهاء

(٢٥) تبين الحقائق ٣٥/٦ ، وحاشية الطحطاوى ٢١٥/٤ .

(٢٦) جاء في مجمع الأنهر : « فاما إذا أحيها غيره قبل مضي هذه

المدة كلها لتحقق الأحياء منه دون الأول » مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .

(٢٧) المدونة للإمام مالك ١٩٥/١٥ مطبعة السعادة بالقاهرة بمصر

١٣٢٤م .

(٢٨) جاء في روضة الطالبين : « لو يادر أجنبي قبل أن يبطل حق

المتحجر فأحيها ما تحجره ملكه المحيى على الأصح المنصوص لأنه حق سبب

الملك وإن كان ظاهراً كما لو دخل في سوم أخيه المشتري » روضة الطالبين

٢٨٧/٥ .

(٢٩) ويقول صاحب الكافى : « والثانى يملكه لأنه أحيأ أرضاً

ميتة فيدخل في عموم الحديث ، ولأن الأحياء يملك به فقدم على التحجير

الذى لا يملك به » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ .

(٣٠) البحر الزخار ٧٤/٥ .

الامامية (٣١) • لأن الاحياء هو سبب تملك هذه الأراضي ، أما التحجير فانه لا يعد سببا للتملك ، وانما يفيد أحقية أو أولويته على غيره في احيائها •

هذا بالإضافة الى أن الشخص الذى قام باحياء هذه الأراضي أحياء أرضاً ميتة فكان له الحق في تملكها عملاً بالنصوص الواردة في ذلك والتي منها : ما روى طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادى الأرض لله ورسوله فمن أحيأ أرضاً ميتة فهي له (٣٢) •

الرأى الثانى :

إذا قام شخص باحياء وتعمير الأراضي الموات التى حجرها غيره لا يملكها بهذا الاحياء والتعمير • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٣٣) والرأى الثانى عند الشافعية (٣٤) ، والرواية الثانية عند

(٣١) الروضة البهية ١٧٦/٧ •

(٣٢) المبسوط ١٦٨/٢٣ •

(٣٣) شرح العناية على الهداية ٧٢/١٠ •

(٣٤) ذكر الامام النووي - رحمه الله - فى هذه المسألة أربعة آراء الرأى الأول وقد سبق ذكره والثانى : لا يملك لثلا يطل حق غيره ، والثالث أنه ان انضم الى التحجير اقطاع للسلطان لم يملك المحيى والا فيملك ، والرابع ان أخذ المتحجر فى العمارة لم يملك المبادر والا فيملك • روضة الطالبين ٢٨٨/٥ •

الحنابلة (٣٥) ، والراجح عند الزيدية (٣٦) ، وبعض الامامية (٣٧) هذا وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية :

١ — قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة ليست » وقوله : « في حق غير مسلم فهي له » فإن مفهوم هذا يدل على أنها لا تكون للمحيي إذا كان لمسلم قبيها حق (٣٨) .

٢ — قوله عليه الصلاة والسلام : « من سبق الى ما لم يسبق فهو أحق به » (٣٩) فإن هذا يدل أيضا على أنه لا شيء للمحيي لأنه سبقه غيره في التحجير للأرض الموات .

٣ — روى سعيد بن منصور في سننه أن عمر رضى الله عنه قال : « من كانت له أرض — يعنى من تحجر أرضا — فغطلها ثلاث سنين فنجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها (٤٠) .

(٣٥) يقول صاحب الكشف : « وإن أحيائها غيره أى غير المتحجير : فى مدة المهلة أو قبلها لم يملكه » كشف القناع ١٩٣/٤ .

(٣٦) البحر الزخار ٧٥/٤ .

(٣٧) وجاء فى شرائع الاسلام : « ولو تهجم عليه من يروم الاحياء كان منعه ... ولو قاهره فأحيائها لم يملكه » شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ٢٧٥/٣ . الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ — ١٩٨٣ م منشورات دار الاضواء بيروت — لبنان .

(٣٨) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، وكشاف القناع ١٩٣/٢ .

(٣٩) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .

(٤٠) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغنى لابن قدامة ١٠٩٤/٦ .

٤ - ولأن الثاني أحياء في حق غيره فلم يملكه كما لو أحياء ما تتعلق به مصالح غيره (٤١) •

٥ - هذا بالإضافة الى أن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى كحق الشقيع يقدم على شراء المشتري (٤٢) •

الرأي الراجح :

والذي يترجح في نظري ما ذهب اليه أصحاب الرأي الثاني الثاثلين بأنه لا يملك الحي للموت التي أحياءها في الأراضي المتحجرة لغيره قبل انتهاء مدة التخجير طالما لم يترك المحجر الأرض التي حجيرها ولم يهمل في أحيائها ، لأننا لو أخذنا بالرأي الأول لأدى ذلك الى وقوع التخاصم والنزاع بين الناس ، حيث يبادر كل منهم الى احياء الأراضي المحجرة لغيره ، وهذا يؤدي الى الفوضى والاستيلاء على حقوق الآخرين بغير حق ، كما أنه يؤدي الى احجام الناس عن استثمار أموالهم بأحياء هذه الأراضي ، أضف الى ذلك أن هذا يعد من باب الغصب والتعدي على حقوق الآخرين ، وفيه قطع لحق المحجر في احياء الأراضي التي حجيرها وهذا يناقض العدالة التي تقوم على مبدأ لا ضرر ولا ضرار • والله أعلم •

أما اذا قام أحد الأشخاص بتعمير ما حجيره غيره بعد اعراض الأول عن الاحياء أو تركه الاحياء صراحة أو دلالة ، أو بعد انتهاء

(٤١) المغني لابن قدامة ١٥٤/٦ •

(٤٢) الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ ، وكشاف

القناع ١٩٣/٢ •

المدة المحددة دون أن يقوم بأحيائها وتعميرها فإن الفقهاء (٤٣) اتفقوا على أن المصبي يملك ما أحياء .
واستدل على ذلك بالأدلة الآتية :

- ١ — ما روى أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — قال على المنبر : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » وذلك أن رجالاً كان يتحجرون من الأرض ما لا يعلمون (٤٤) .
- ٢ — ما روى عن عمرو بن شعيب أن عمر — رضى الله عنه — جعل التحجير ثلاث سنين فإن تركها حتى تمضى ثلاث سنين فأحيها غيره فهو أحق بها (٤٥) .

٣ — أن في أحياء الأراضي الموات وتعميرها فيها منفعة للمسلمين من حيث العشر والفراج ، فإذا لم يقم المحجر بإصلاحها وتعميرها لم يحصله القصد (٤٦) .

٤ — ولأن المحتجر ضيق على الناس في حق مشسترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو ممدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع (٤٧) .

(٤٣) تبين الحقائق ٣٥/٦ ، والمنتقى ٣٠/٦ ، وتكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والكافي أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ ، وشرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

(٤٤) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥ .

(٤٥) الخراج ليجي بن آدم القرشي ص ٩١ . دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤٦) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ .

(٤٧) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغني لابن قدامة ٦٥٤/٦ .

المطلب الثاني

حق الاقطاع

تعريف الاقطاع في اللغة :

الاقطاع معناه في اللغة جعل الشيء عقارا كان أو منقولا قطيعة أي محبوسا على مصلحة شخص معين ، أو أشخاص معينين •

يقال : « أقطع الامام الجند البلد اقطاعا يعني جعل لهم غلتها رزقا ، ويقال : أقطعه قطعا فانقطع ، وانقطع الغيث احتبس ، وانقطع النهر جف أو حبس ، واستقطعت سألته الاقطاع ، وأسسم ذلك الشيء الذي يقطع قطيعة (٤٨) » •

تعريف الاقطاع في الاصطلاح :

عرفه ابن عرفة بقوله : « تملك الامام جزءا من الأرض الحبس » (٤٩) وهذا التعريف قاصرا على اقطاع الأرض الموات لمن يقوم بإحيائها وتعميرها فيكون أولى بها من غيره وعرفه القاضي عياض بقوله : « تسوين الامام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك » قال : وأكثر ما يستعمل في الأرض ، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، أما بأن يملكه إياه فيعمره ، وأما أن يجعل له غلته مدة » (٥٠) ، وعرفه صاحب حلية الفقهاء

(٤٨) ، الصباح المنير ٥٠٨/٢ ، ٥٠٩ مادة (قطع) •

(٤٩) شرح الخرشى ٦٩/٧ وقد اعترض الشيخ العدوى على ما أورده الخرشى عن ابن عرفة حيث قال : لم يوجد في تعريف ابن عرفة لفظة (حبس) فالمناسب إسقاطها لأن الحبس لا يجوز تملك شيء منه ، وأفاد بعض شيوخنا أن المعنى من الأرض الحبس أي موائها • حاشية العدوى بهامش شرح الخرشى ٦٩/٧ •
(٥٠) سبل السلام ٨٦/٣ •

بتعريف لا يختلف في مضمونه عن تعريف القاضي عياض وإن اختلف معه في المصياغة حيث قال : وأما الاقطاع فإن يقطع له ناحية من الأرض أو شيئاً من الأشياء فيجعل له « (٥١) » .

من هذه التعاريف يتضح لنا أن الاقطاع معناه تخصيص الدولة قطعة من الأرض أو نحوها من الموارد الطبيعية بأن يراه الامام أهلاً لذلك من جند الاسلام أو غيرهم ، والاقطاع كما يكون في الأراضي يكون في غيرها من أنواع المال ، سواء أكان عقاراً أم كان منقولاً ، وإن كان استعماله في العقار أكثر من غيره .

أنواع الاقطاع :

وقد قسم الفقهاء الاقطاع الى ثلاثة أقسام :

- ١ - اقطاع تملك • ٢ - اقطاع استغلال • ٣ - اقطاع ارفاق .
- وسوف نتحدث - ان شاء الله تعالى - عن القسم الأول فقط أما القسم الثاني والثالث فلا دخل لهما في بحثنا .

اقطاع التملك :

إذا كانت الشريعة الاسلامية قد فتحت الباب أمام المستثمرين والمعمرين للأرض طوعية ، فقد جعلت للامام الحق في أن يصطفى بعض من يراهم أهلاً لذلك فيقطعهم بعض الأراضي الموات غير المنتفع بها والمتابعة للدولة لبعض الأشخاص لاستغلالها واستثمارها والانتفاع بها ، وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية باقطاع التملك .

وسوف نتحدث في هذا النوع من الاقطاع في بعض النقاط الآتية حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

أولاً : المقصود باقطاع التملك :

يقصد باقطاع التملك اعطاء الامام أو من ينوب عنه مساحة من الأراضي الموات أن تتوفر فيه القدرة من الأشخاص على استثمارها واستغلالها فيملكها بهذا الاعطاء أو الاعمار ملكية تامة .

ثانياً : حكم اقطاع التملك :

يجوز للامام اقطاع أرضا مواتا لمن يراه أهلاً لهذا الاقطاع وذلك لاستغلالها واستصلاحها . وقد استدل الفقهاء على جواز ذلك باقطاع النبي صلى الله عليه وسلم لبعض الصيابة رضي الله عنهم — بعض الأراضي ، وباقطاع الخلفاء من بعده لبعض الأشخاص . وسوف أذكر بعض الآثار الواردة في ذلك .

١ — ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه (٥٢) فأجرى فرسه حتى قام ثم رمى بسوطه فقال : « أعطوه من حيث بلغ السوط » (٥٣) .

٢ — عن علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً ، قال : فأرسل معي معاوية قال أعطها أيام (٥٤) .

(٥٢) (حضر فرسه) أي قبل ارتفاع الفرس في عبده . تكبلة المحيوع ١٨٠/١٤ .

(٥٣) سنن أبي داود (باب في اقطاع الأرضين) ١٧٤/٢ .

(٥٤) سنن الدارمي (باب في القطائع) ٣٦٨/٢ ، وفي رواية :

« أعطاه أرضاً بحضرموت ، سنن أبي داود (باب في إقطاع الأرضين) ١٧٠/٢ ، وسنن الترمذي (باب ما جاء في القطائع) ٦٥٦/٣ .

٣ — ما روى أبو عبيد عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض الله ورسوله ثم هى لكم » قال : قلت وما يعنى قال تقطعونها الناس « (٥٥) •

٤ — عن أسماء بنت أبى بكر فى حديث ذكرته قالت : «كنت أفعل النبى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ « (٥٦) •

٥ — جاء بلال بن الحارث انزنى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقطعه أرضا فأقطعها له طويلة عريضة •••• « (٥٧) •

قال الشوكنى — رحمه الله — بعد أن ساق هذه الأحاديث : « وأحاديث الباب فيها دليل على أنه يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض بذلك اذا كان فيه مصلحة « (٥٨) •

ويقول صاحب تكملة المجموع أيضا بعد أن ذكر بعض هذه الأحاديث . « والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وأحيائها واستنباط منافعها « (٥٩) •

وكما أقطع النبي صلى الله عليه وسلم بعض أراضى الموات لبعض

(٥٥) الأموال لأبى عبيد ص ٣٤٧ ، والألم للشافعى ٢٦٨/٣ ، طبعة

مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١ هـ الدار المصرية للتأليف والترجمة •

(٥٦) نيل الأوطار ٣١١/٥

(٥٧) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٩٣

(٥٨) نيل الأوطار ٣١٢/٥

(٥٩) تكملة المجموع ٤٨١/١٤

الصحابية كذلك فعل الخلفاء الراشدين — رضى الله عنهم — من بعده
فقد أقطعوا بعض الناس بعض الأراضى •

جاء فى كتاب الخراج ليحيى ابن آدم قال : حدثنا هاشم بن عروة
عن أبيه أن أبا بكر — رضى الله عنه — أقطع الزبير ما بين الجرف
الى قنساء •

وقال : حدثنا الحسن قال : سمعت عبد الله بن الحسن يقول :
أن عليا — رضى الله عنه — سأل عمر بن الخطاب — رضى الله عنه —
فاقطعه ينبع • —

وقال : حدثنا قيس بن الربيع عن ابراهيم بن مهاجر عن موسى
ابن طلحة قال : أقطع عمر — رضى الله عنه — خمسة من أصحاب النبى
صلى الله عليه وسلم : سعد بن أبى وقاص ، وعبد الله بن مسعود ،
وخباب ، واسامة بن زيد •

وقال : كان بالبصرة رجل يقال له نافع أبو عبد الله ، وكان أول
من افتلى الفلى (٦٠) بالبصرة ، فأتى عمر — رضى الله عنه — فقال :
ان بالبصرة أرضاً ليست بأرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين ،
قال : فكتب اليه أبو موسى يعلمه بذلك ، ويخبره أنه أول من افتلى الفلا
بالبصرة ، فقال : أزرعها لخليى ، قال : فكتب عمر الى أبى موسى : ان
كانت ليست تضر بأحد من المسلمين وليست من أرض الخراج فأقطعها
اياهم (٦١) •

(٦٠) الفل بضم الفاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع الفلا بفتح
الفاء ، والفلا جمع فلاة ، وافتلاؤها رعيها وطلب ما فيها من الكلا • الخراج
ليحيى بن آدم ص ٧٨ •

(٦١) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ •

وجاء في كتاب الخراج لأبي يوسف قال : حدثني الأعمش عن ابراهيم بن المهاجر عن موسى بن طلحة قال : أقطع عثمان بن عفان لعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما في النهرين ، ولعمار بن ياسر استينيا ، وأقطع خبابا صنعا ، وأقطع سعد بن مالك قرية هرمزان •

ثم قال أبو يوسف . فقد جاءت هذه الآثار بأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ألقوما ، وأن الخلفاء من بعده أقطعوا ، ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاح فيما فعل من ذلك ، اذ كان فيه تألف على الاسلام وعمارة الأرض ، وكذلك الخلفاء انما أقطعوا من رأوا أن له غناء في الاسلام ، ونكاية للعدو ورأوا أن الأفضل ما فعلوا (٦٢) •

ثالثا : احياء الغير الأرض المقطعة :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للغير ديانة أن يقوم باحياء الأرض المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة التي حددها الفقهاء والتي يظل فيها المقطع له الحق من غيره في احيائها وتعميرها ، لأن هذا يعتبر تعديا على حقوق الآخرين وهذا لا يجوز •

فاذا قام الغير باحياء الأرض المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة فهل يملك المحيي هذه الأراضي المقطعة أم لا ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

اذا قام شخص باحياء الأراضي الموات المقطعة لشخص آخر قبل

انقضاء المدة المحددة لاستصلاح الأرض وتعميرها فإنه يملك ما أحياء وعمره من الأراضي الموات ، وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٦٣) ، ورأى عند الشافعية (٦٤) ، ورواية عند الحنابلة (٦٥) ، والظاهرية (٦٦) وبعض فقهاء الزيدية (٦٧) : وبعض فقهاء الامامية (٦٨) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له فيها أجر وما أكلت العاقية منها فهو له منها صدقة » (٦٩) . كما استدلوأ أيضا بالاضافة الى ذلك بأن الاقطاع بقصد الاحياء لا يترتب عليه ملكية المقطع لها ، وانما يترتب عليه أحقيته في احيائها وتعميرها . فاقطاع هذه الأراضي لا يخرجها عن وصفها الأصلي وهو كونها ميتة ومباحة للجميع .

الرأى الثانى :

أن الشخص اذا قام باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء المحددة للمقطع لا يملكها ذلك الشخص الذى أحياءها . وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٧٠) ، والرأى الثانى عند الشافعية (٧١) ،

(٦٣) البناية فى شرح الهداية ٤٣١/٩ .

(٦٤) تكملة المجموع ٤٨٣/١٤ .

(٦٥) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .

(٦٦) المحل لابن حزم ٩٧/٩ ، ٩٨ .

(٦٧) البحر الزخار ٧٤/٥ .

(٦٨) الروضة البهية ١٧٦/٧ .

(٦٩) سنن الدارمى ٣٦٧/٢ .

(٧٠) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .

(٧١) روضة الطالبين ٢٨٨/٥ .

والرواية الثانية عند الحنابلة (٧٣) ، وبعض فقهاء الزيدية (٧٣) ، وبعض فقهاء الامامية (٧٤) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعرأ أرضا ليست لأحد فهو أحق » (٧٥) فهذا الحديث يدل على أن تملك الأرضى بالاحياء لا يكون الا اذا خلا من حق الغير عليها ، ولا شك أن الأرض المقطعة تكون حقا للمقطع ، وهو وان كان لا يملكها الا أن له حق الأولوية فى الاحياء والتعمير .

كما استدلوا أيضا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس محتجر بعد ثلاث سنين حق » (٧٦) فدل هذا الحديث بمفهومه على أنه اذا قام شخص باحياء الأرض المقطعة لغيره لا يملكها قبل ثلاث سنين .

هذا بالاضافة الى أن حق المقطع له أسبق على الأرض المقطعة من حق العمر ، لهذا كان حق المقطع له أولى بالتقديم على العمر لها ، وبالتالي لا يملك العمر هذه الأرضى المقطعة .

الرأى الرابع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بأنه اذا قام شخص باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء الحلة المحددة للمقطع لا يملكها

(٧٢) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/ ٤٣٩ .

(٧٣) البحر الزخار ٧٤/٥ ، ٧٥ .

(٧٤) الروضة البهية ١٧٦/٧ .

(٧٥) صحيح البخارى (باب من أحيأ أرضا مواتا) ٣/ ١٤٠ .

(٧٦) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .

ذلك المحيى ، لأن هذا يؤدى الى التنازع والمتشاحن بين الناس ، وطالما لم يظهر اعراض من المقطع له عن الاصلاح والتعمير فبأى وجه يستحق الغير تلك الأرض المقطعة ، هذا بالإضافة لما فى هذا من التعدى على حقوق الآخرين وهذا ينافى العدالة ، كما أن فيه ابطال لقرار الامام الذى أذن للمقطع له والاقتنيات عليه ، وهذا من شأنه أن يؤدى الى حدوث فوضى فى المجتمع . والله أعلم •

المطلب الثالث

حق الحمى

الحمى يمتد فيما يذكر الباحثون الى العرب أيام الجاهلية ، حيث كان الشخص من ذوى النفوذ اذا انتجع آنذاك أرضاً خصبة ونزلها استعوى كلباً ليحمى لنفسه وخاصته مدى ما يصل اليه منها عواء الكلب من سائر الأطراف (٧٧) •

(٧٧) يقول الخطاب : « وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان اذا نزل منزلاً خصباً استعوى كلباً على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه ، مواهب الجليل ٤/٦ •

ويقول الامام الشافعى - رضى الله عنه - : « كان الرجل العزيز من العرب اذا انتجع بلداً مخصباً أوفى بكلب على جبل ان كان به أو نشز ان لم يكن ، ثم استعوى كلباً أوقف له من يسمع منتهى صوته بالعواء ، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامة فيما سواه ويمنع هذا مع غيره لضعفى ماشيته وما أراد قربه معها • الأم للشافعى ٢٧٠/٣ ، ومختصر المزننى بهامش الأم ١٠٦/٣ •

ويقول ابن قدامة : « كانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل

ولما جاء الاسلام نهى عن هذا النوع من الاستيلاء المجرد
الحاصل من قبل الأفراد لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم من
الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

فعن ابن عباس - رضى الله عنهما - أن الصعب بن جثامة أخبره
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا حمى إلا لله ولرسوله » (٧٨) .
وقال صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء في ثلاث في الماء
والنار والكلا » (٧٩) .

ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية
لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه ، المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .
وجاء في سبيل السلام : « وكان في الجاهلية إذا أراد الرئيس أن
يمنع الناس من محل يريد اختصاصه استعوى كلباً من مكان عال ، فالى
حيث ينتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعاه غيره ويرعى مع غيره ،
سبيل السلام ٨٣/٣ ، ونيل الأوطار ٣٠٨/٥ .
ويقول صاحب تكملة المجموع : « فان الذى فى الجاهلية كان اذا
استولى على بلد أوفى بكلب على جبل أو على شجرة من الأرض واستمواه ،
فحيث انتهى عوائده حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما
سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل اذا أعجبته روضة ألقى فيها كلباً وحمى
الى منتهى عوائده » تكملة المجموع ٤٩٠/١٤ .

(٧٨) مسند الامام أحمد بن حنبل ٣٨/٤ ، وزاد في صحيح البخارى
« وقال : بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيح ، وأن عمر حمى
السرف والريذة » صحيح البخارى (باب لا حمى إلا لله ولرسوله) ١٤٨/٣
(٧٩) سبيل السلام ٨٦/٣ ، وفي مسند ابن ماجه : « المسلمون
شركاء في ثلاث في الماء والكلا والنار وثمنه حرام » سنن ابن ماجه (باب
المسلمون شركاء في ثلاث) ٨٣٦/٢ ، ومسند الإمام أحمد بن حنبل ٣٦٤/٥

تعريف الحمى :

عرفه الحطاب بقوله : « الحمى الشرعى فهو أن يحمى الامام موضعاً لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك اما للخيل التى يحمل عليها الناس للغزو أو لماشية الصدقة(٨٠) » .

وعرفه صاحب تكملة المجموع : « الحمى هو المنع من احياء الموات ليتوفر فيه الكلا فقرعاه المواشى »(٨١) .

وعرفه ابن قدامة بقوله : « الحمى معناه : أن يحمى أرضاً من الموات يمنع الناس رعى ما فيها من الكلا ليختص بها دونهم »(٨٢) .

وعرفه صاحب سبل السلام بقوله : الحمى معناه أن يمنع الامام الراعى فى أرض مخصوصة لتختص برعيها ابل الصدقة مثلاً »(٨٣) .

فالقصود بالحمى : هو أن يحمى الامام من الأراضى الموات كل ما يحقق المصلحة العامة كالحمى من أجل رعى الأغنام المستصلحة من المضرائب ، أو من أجل انشاء مكان لخيل المسلمين وركابهم التى ترصد للجهاد فى سبيل الله أو نحوها من الأغراض .

(٨٠) مواهب الجليل للحطاب ٤/٦ ، وشرح الخرشى ٤٠/٧ ،
والشرح الكبير بهامش حاشية السبكي ٦٩/٤ ، دار احياء الكتب العربية
وشرح الزرقانى على مختصر خليل ٦٧/٧ دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ -
١٩٧٨ م .

(٨١) تكملة المجموع ٤٨٨/١٤ .

(٨٢) المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .

(٨٣) سبل السلام ٨٣/٣ .

الآلة على مشروعية الحمى :

هذا وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع (٨٤) لابل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين (٨٥) . وأن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لابل الصدقة واستعمل عليها مولاة اسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبي رضى الله عنه (٨٦) . وحمى عمر رضى الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وتولى عليه مولى له يقال له هنىء (٨٧) .

هذا وقد ذهب فقهاء المالكية (٨٨) ، والشافعية (٨٩) ، وبعض

(٨٤) عن ابن عباس - رضى الله عنهما - عن الصعب بن جثامة الليثي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٧١/٤ .

(٨٥) روضة الطالبين ٢٩٢/٥ .

(٨٦) تكملة المجموع ٤٨٩/١٤ .

(٨٧) عن مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب استعمل مولى له يدعى هنيئاً على الحمى فقال : يا هنى أضرم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصريمة ورب الغيبة، وإياى ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان يهلك ماشيتهما يرجع إلى نخل وزرع ، وإن رب الصريمة ورب الغيبة ان تهلك ماشيتهما يأتنى ببينة فيقول يا أمير المؤمنين افتاركهم أنا ؟ لا أبالك ، فالماء والكلاء أيسر على من الذمب والورق وأيم الله انهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، انها لبلادهم ومياهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام ، والذي نفسى بيده لولا المال الذى أحصل عليه فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبر ، الموطأ (كتاب دعوة المظلوم) ١٠٠٣/٢ .

(٨٨) مواهب الجليل ٣٠/٦ .

(٨٩) تكملة المجموع ٤٩١/١٤ .

الحنابلة(٩٠) ، والزيدية(٩١) ، والامامية(٩٢) ، الى أن تجرد الأراضى
الموات من حق الحمى شرط لازم فى الاحياء •

المبحث الثالث

انتفاء كون الموات حريما للعامر

وسيكون حديثنا فى هذا المبحث فى بعض النقاط حتى لا نطيل
ونخرج عن دائرة البحث •

أولا : تعريف الحريم :

١ - تعريف الحريم فى اللغة :

جاء فى المصباح المنير : حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه،
سمى به لأنه حرم على غيره مالكة أن يستبد بالانتفاع به(١)

٢ - تعريف الحريم فى الاصطلاح :

عرف صاحب روضة الطالبين بقوله : « المواضع القريبة التى
يحتاج اليها لتتمام الانتفاع ، كالطريق ومسبل الماء ونحوهما » (٢) •
وعرفه صاحب الاقناع بأنه : « ما يحتاج اليه لتتمام الانتفاع
بالعامر » (٣) • وعرفه صاحب مفتاح الكرامة بقوله : « الموضع القريب

(٩٠) المغنى لابن قدامة ١٦٨/٦ •

(٩١) البحر الزخار ٧٨/٤ •

(٩٢) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٩/٢ •

(١) المصباح المنير ١٣٣/١ • طبعة دار المعارف •

(٢) روضة الطالبين ٢٨٢/٥ •

(٣) الاقناع ٧٩/٢ •

من موضع معمور ، يتوقف تمام انتفاع ذلك المعمور عليه ، ولا يلد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا (٤) •

فالمراد بالحريم ما يمنع منه الحيى والمحتقر لاضراره ، وسمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ونحوه يحرم على غيره التصرف فيه (٥) •

ثانيا : آراء الفقهاء فى احياء حريم الأرض المعمورة :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى احياء الأراضى التى تعد حريما للأرض المعمورة بأى نوع من أنواع العمران ، هل يجوز للأفراد احيائها وتعميرها وتملكها بالاحياء أم لا ؟ على رأيين :

الرأى الأول :

لا يجوز للأفراد احياء الأراضى التى تعد حريما للأراضى المعمورة وبالتالي لا يجوز تملكها ، سواء أذن الامام فى ذلك الاحياء أم لم يأذن والى هذا ذهب فقهاء الحنفية (٦) ، والشافعية (٧) ، والحنابلة (٨) ،

(٤) مفتاح الكرامة ١٣/٧ • مطبعة الشورى بالقاهرة بمصر ١٣٣٦ هـ

(٥) تكملة المجمع ١٤/٤٧٠ •

(٦) جاء فى تبين الحقائق : « ولا يجوز احياء ما قرب من الصامر لتحقيق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا ... وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه » تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٧) وجاء فى حاشية البرماوى : « ولا يملك بالاحياء ما كان حريما لمعمر وهو ما يحتاج لأجله » حاشية البرماوى ص ٢٢٧ • طبعة بولاق بمصر ١٢٩٨ هـ •

(٨) ويقول ابن قدامة : « وما قرب من الصامر وتعلق بمصالحه من طرق ومسبل ماء ومطرح قمامته وملقى تراشه وآلاته فلا يجوز احياءه بغير خلاف فى المذهب » المغنى لابن قدامة ٣/٣٥١ •

والامامية(٩) •

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم :
 « من أحيا أرضاً ميتة فهي غير حق مسلم فهي له » مفهوم هذا الحديث
 أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للمملوك (١٠) •
 هذا بالإضافة أننا لو قلنا بجواز احياء ما قرب من العامر لبطل الملك
 في العامر على أهله وسقط الانتفاع به (١١) •

ولأن الشارع قد ورد باحياء الموات وهذا من جملة العامر ، ولأننا
 لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز (١٢)

الرأي الثاني:

أن حريم الأرض المعمورة لا يجوز للأفراد احيائها وتعميرها الا
 باذن الامام ، فان أذن الامام جاز للأفراد احيائها وتملكها ، لأن هذا
 التمليك لا يترتب عليه ضرر بمصالح الأرض المعمورة ، حيث لا يترتب
 عليه تعطيل الانتفاع بالمعمور • والى هذا ذهب فقهاء المالكية (١٣) •

(٩) ويقول صاحب التذكرة : « ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأصناف
 أن كل ما يتعلق بمصالح العامر لا يصح احياءه ولا يملك بالاحياء ، وكذا
 حريم الآبار والأنهار والعيون ، وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق
 بمصالحه » التذكرة باب احياء الموات •

(١٠) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٦٠ •
 دار الفكر •

(١١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ •

(١٢) تكملة المجموع ١٤/٤٥٧ •

(١٣) الشرح الكبير بهامش حاشية المسوق ٤/٦٩ •

الرأى الرابع :

وأرى أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من عدم جواز احياء الأراضى القريبية من العامر سواء أذن الامام فى ذلك أم لا هو المراجع لما ذكروه من أدلة ، ولما فى الاحياء هذا الحريم من تعطيل الانتفاع بالمعمور حيث يتوقف عليه • والله أعلم •

ثالثا : من يملك حريم المعمور :

اتضح لنا مما تقدم أن حريم المعمور على اختلاف أنواعه لا يجوز لأحد تملكه بالاحياء والتعمير ، لتوقف الانتفاع بالأرض المعمورة التى يتبعها هذا الحريم عليه ، ولأن فى تملكه أبطال الملك فى الأرض المعمورة على المالك لها ، وهذا لا يجوز باتفاق الفقهاء •

لكن هل يعد الحريم ملكا لمالك الأرض المعمورة التى يتبعها الحريم أم أنه يعد حقا من حقوق الملك فقط ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه يكون ملكا لمالك المعمور ، فلا يجوز للغير أن يتعدى على هذا الحريم بأن يحدث تصرفا من التصرفات التى من شأنها أن تؤدى الى تفويت حق مالك المعمور فى معمره ، أو يترتب عليه الاخلال بهذا الحق •

والى هذا ذهب فقهاء الحنفية (١٤) ، وبعض فقهاء الشافعية (١٥) ،
وبعض الحنابلة (١٦) ، وبعض الامامية (١٧) واستدلوا على ذلك أن معنى
الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البيع فيختص به صاحبها (١٨)

الرأى الثانى :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه لا يكون ملكا للمالك
المعمور ، وإنما يكون حقاً من حقوق المعمور يرتفق به مالك المعمور ،
تؤوقف انتفاعه بالمعمور عليه ، وبالتالي فلا يجوز للغير التعدى على
هذا الحريم بأى وجه من وجوه الاعتداء . والى هذا ذهب فقهاء
المالكية (١٩) ، والرأى الثانى عند الشافعية (٢٠) وبعض فقهاء

(١٤) جاء فى تكملة فتح القدير : « فمن أراد أن يحفر فى حريمها
منع منه كي لا يؤخذ إلى تفويت حقه ولا إخلال به ، وهذا لأنه بالحفر ملك
الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه ،
تكملة فتح القدير ٧٦/١٠ الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م مصطفى
الحلبى بمصر . »

(١٥) وجاء فى روضة الطالبين : « هل نقول أنه يملك تلك المواضع
وجهان ٠٠٠ أصحهما نعم كما يملك عرصة الدار بيناء الدار » روضة
التابعين ٢٨٢/٥ . »

(١٦) وجاء فى الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل : « ومن حفر
بئرًا فى موات ملك حريمها ، الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢
والغنى لابن قدامة ١٥١/٦ . »

(١٧) التذكرة / باب احياء الموات .

(١٨) الغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٩) التاج والاكلیل بهامش مواهب الجليل ٣/٦ ، وشرح الخرشى

٦٧/٧ .

(٢٠) روضة الطالبين ٢٨١/٥ .

الحناابلة (٢١) ، وبعض الامامية (٢٢) ،

وهؤلاء الفقهاء يرون أن مالك المعمور وإن كان لا يملك هذا الحريم إلا أنه أحق به من غيره ، لأن الأحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها (٢٣) .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء مانئى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول القائلين بأن حريم المعمور يكون مملوكا للملك المعمور ملكية تمكنه من تمام الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم . فلا يجوز للغير تملك هذا الحريم بالأحياء والتعمير أو أحداث أى تصرف من شأنه أن يعطل الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم

رابعا : تحديد الحريم :

تحديد الحريم أو بيانه يكون عن طريق بيان المساحة أو المسافة التى عند نهايتها ينتهى حريم المعمور ، بحيث يجوز للأفراد تملك ما بعده من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها . وفقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا فيما بينهم هل التحديد يكون بمقادير وأرقام موقتة بغض النظر عن الظروف المكانية والزمانية لمتعلق الحريم ، أم يكون ذلك منوطا بالحاجة الفعلية والظرف المعين حسبما يقضى به العرف وتقضى به العادة ؟

(٢١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(٢٢) حاشية شرح اللمعة ٢٥٣/٢ .

(٢٣) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ ، وروضة الطالبين ٢٨١/م .

والفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

أن التحديد يكون بمقادير وأرقام مؤقتة بغض النظر عن الظروف الزمانية والمكانية لمتعلق الحريم ، ويتمثل هذا التحديد أكثر ما يتمثل في العيون والآبار . فقد حدد الحنفية (٢٤) في الأصح عندهم ، وأكثر الحنابلة (٢٥) ، والامامية (٢٦) في الأرض الصلبة في القول المشهور عندهم حريم العين بخمسائة ذراع من كل جانب . لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من مكان يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ، ومن موضع يجري فيه إلى المزارع والمراعي ، فلهذا يقدر بالزيادة (٢٧) .

(٢٤) جاء في بدر المتقى : « وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب في الأصح » بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ سبل السلام ٨٦/٣ .

ويرى القدوري من فقهاء الحنفية تحديد حريم العين بثلاثمائة ذراع . اللباب ص ٢٢١ طبعة محمد علي صبيح بمصر ١٣٤٦هـ - ١٩٢٧م ويقول الاترازي تعليقا على هذا القول : والأصح عندي خمسمائة لأنه يوافق الحديث والتقدير بثلاثمائة بالاجتهاد حتى يامن الضرر بإثبات هذا القدر من الحريم ، والبناءة في شرح الهداية ٤٤٢/٩ .

(٢٥) وجاء في شرح منتهى الإرادات : « وحريم عين وقناة حفرتا بموات خمسمائة ذراع » شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٢ .

(٢٦) وجاء في شرائع الإسلام : « وللعين ألف ذراع في الأرض الرخوة وفي الصلبة خمسمائة ذراع » شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

(٢٧) مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .

وايستبدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « حريم العين خمسمائة ذراع » (٢٨) وعلى هذا فلا يجوز لأحد أن يحفر في هذه المساحة عينا أو بئرا ولا يبنى فيها ولا يزرع ، ولصاحب العين منعه من ذلك ، لأن هذه المساحة صارت ملكا له حتى يتسنى له الانتفاع بما حفر بئرا أو عين (٢٩) .

كما حدد الامام أبو حنيفة - رضى الله عنه - حريم البئر بأربعين ذراعا ، سواء أكانت البئر للعن أم كانت للناضح (٣٠) .

واستدل على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من حفر بئر فله ما حولها أربعون ذراعا » (٣١) .

ولأن جاهر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها ، لأنه

(٢٨) بدائع الصنائع : ٣٨٥٣/٨ ، ومجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .

(٢٩) البناية في شرح الهداية ٤٤٤/٩ .

(٣٠) العن والمعن : مناخ الأمل ومبركها ، والمراد ببئر العن التي يخرج ماؤها باليد .

والناضح : هو البئر الذي يعلق على البئر لاستخراج الماء منها ، والمراد ببئر الناضح البئر التي يخرج ماؤها بالبئر أو غيره من الحيوانات حاشية الشلبي بهامش تبين الحقائق ٣٦/٦ .

(٣١) عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « حريم البئر أربعون ذراعا من حولها كلها لأعطان الأبل والغنم وابن السبيل أول شارب ولا يمنع فضل ماء فيمنع به الكلأ » مسند الامام أحمد ٤٩٤/٢ وعن عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حفر بئرا فله أربعون ذراعا عطنا لماشيئته ، سنن ابن ماجه (باب حريم البئر) ٨٣٦/٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

وفي رواية : « من احتفر بئرا فليس لأحد أن يحفر حوله أربعين ذراعا عطنا لماشيئته » سنن البرامي (باب في حريم البئر) ٥٥٩/٢ .

(٢٩ — شريعة)

يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تتقف مواشيه حالة الشرب ويعدده ، فقصره الشرع بأربعين (٣٢) •

وحدد الصحابان حریم البئر العطن بأربعين ذراع ، وحریم البئر الناضح بستين ذراع (٣٣) والى هذا ذهب فقهاء الامامية (٣٤) •

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول النبی صلی الله عليه وسلم : « حریم العين خمسمائة ذراع ، وحریم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحریم بئر الناضح ستون ذراعا » (٣٥) •

وانما فرق أصحاب هذا الرأى بين حریم البئر العطن وحریم البئر الناضح فقصدوا بالزيادة في البئر الناضح عنه في البئر العطن • لأنه في البئر الناضح قد يحتاج الى يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الحبل ، وبئر العطن الاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت بين بئر العطن وبئر الناضح (٣٦) •

(٣٢) تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٣) يقول الكاساني : « وحریم البئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة ، قال النبی عليه الصلاة والسلام : « حریم بئر العطن أربعون ذراعا » وأما حریم بئر الناضح فقد اختلف فيه ، عند أبي حنيفة - رحمه الله - أربعون ذراعا وعنهما ستون ذراعا ، احتجوا بما روى عن النبی صلی الله عليه وسلم أنه قال : « وحریم بئر الناضح ستون ذراعا » بنافع الصنائع ٣٨٥٤/٨ •

(٣٤) جاء في شرائع الاسلام : « وحریم البئر العطن أربعون ذراعا وبئر الناضح ستون ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجفري ١٦٩/٢ (٣٥) تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٦) للبنایة في شرح الهداية ٤٣٩/٩ ، وتبين الحقائق ٣٦/٦ •

ويروى الطحاوى من فقهاء الحنفية أن حريم البئر المعطن الى منتهى الحبل حتى ولو تجاوز أربعون ذراعا ، وحريم البئر الناضح الى منتهى الحبل حتى ولو كان أكثر من ستين ذراع (٣٧) •

وهناك رأى ثالث أن حريم البئر مطلقا أى سواء كانت بئرا للمعطن أو بئرا للناضح عشرة أذرع من كل جانب (٣٨) •

أما الإمام أحمد - رضى الله عنه - فقد حدد حريم البئر المحدثه بخمس وعشرون ذراعا من كل جانب ، وحريم البئر القديمة خمسون ذراعا من كل جانب (٣٩) •

واستدل على ذلك بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : السنة فى حريم البئر المعادى خمسون ذراعا والبدى خمسة وعشرون (٤٠) •

(٣٧) قال الطحاوى فى مختصرة : « من حفر بئر للمعطن فى أرض ميتة ٠٠٠ فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا ، الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون الى ماينتهى اليه الحبل ، وإن كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون الى منتهى حبلها ، حاشية الششيخ أحمد الشلبى بهامش تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٨) تبين الحقائق ٣٦/٦ ثم يرد صاحب تبين الحقائق على هذا الرأى بقوله : « والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب ، لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الأولى الى الثانية ، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب ، فيقدر بأربعين كيلا تعطل عليه المصالح » تبين الحقائق ٣٧/٦ •

(٣٩) يقول صاحب الكافى : « والمنصوص عن أحمد - رضى الله عنه - أن حريم البئر البدى خمس وعشرون ذراعا من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية فاحتفرها فحريمها خمسون ذراعا من كل جانب ، الكافى فى فقه الاثنام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢ •

(٤٠) المرجع السابق •

كما حدد البعض من هؤلاء الفقهاء حريم غير العين والبئر ، ولكن اكتفينا بهذا حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

الرأى اثنائى :

لا يحدد الحريم على اختلاف أنواعه بمقادير معينة ، بل يكون ذلك منوطا بالحاجة الفعلية والظرف المعين حسبما قضى به العرف وتقضى به العادة . وليس هذا الحكم قاصرا على العين والبئر ، بل يشمل أيضا أشياء كثيرة كالنهر والقناة والأشجار والأراضى المسكونة وغير ذلك .

والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٤١) ، والمالكية (٤٢).

(٤١) جاء فى اللباب : « من حفر بئر فى برية موات فله حريمها على تقدير الحاجة . من كل الجوانب » اللباب فى شرح الكتاب ص ١٧٤ .
(٤٢) . يقول الشيخ الدردير - رضى الله عنه - : « فاذا عمرو جميعا فلهما اختصاص بها وبحريمها ، وحريمها ما يمكن الاحتطاب منه والبرعى فيه على العادة من الذهاب والاياب مع مراعاة المصلحة والارتفاع بالحيط . وحلب الدواب ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلفظة السالك ١٨٣/٣ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٦٧/٤ .

ويقول القاضى عياض : « حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التى من حقها أن لا يحدث فيها ما يضر بها لا باطنا من حفر بئر ينشف ماءها أو يوجبها أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها ولا ظاهرا كالبناء » الشرح الصغير بأسفل بلفظة السالك ١٨٤/٣ .
وقال ابن شابس : « أما البئر فليس لها حريم محدد لاختلاف الأرض بالرخا والصلابة ، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها ، وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ أهلها ولا مرايض مواشيها عند الورد » شرح الخرخشى ٦٨/٧ .

ويقول الخرخشى : « حريم النار المحفوفة بالموات . . . ما يرتفق به أهلها من مكان يطرح فيه ترابها ويسيل فيه ماء ميازيها » المرجع السابق

والشافعية(٤٣) ، وبعض فقهاء الحنابلة(٤٤) وابن حزم(٤٥) ، وبعض

ويقول الشيخ الدردير - رحمه الله - في حريم الشجر : « وما فيه مصلحة عرفا لشجرة من نخل أو غيرها فلو بها منع من أراد أحداث شيء يقربها يضربها من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلفة السالك ١٨٤/٣ .

(٤٣) وجاء في روضة الطالبين : « حريم القرى المعينة ما عولها من مجتمع أهل النادى ومركضى الخيل ومناخ الابل ومطرخ الرهاد والسماذ وسائر ما بعد من مرافقها » « وحريم الدار فى الموات : مطسرج التمراب والرماد والكتناسات والثلج » « والبئر المحفورة فى الموات خزيمها الموضع الذى يقف فيه النازح وموضع الدولاب ومتروك البهينة ان كان الانتيفاء بهما ومصب الماء والموضع الذى يجتمع فيه لسقى المشاشنة والزرع من حوض ونحوه ، والموضع الذى يطرح فيه مايخرج منه ، وكل ذلك غير محدد ، وانما هو بحسب الحاجة كذا قال الشافعى والاصحاب رضى الله عنهم » ثم يقول صاحب روضة الطالبين عقب كل ذلك : « ولم ير الشافعى رضى الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث فى التحديد على اختلاف القدر المحتاج اليه » روضة الطالبين ٢٨٣/٥ .

وأما القناة ... فحريمها القدر الذى لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، روضة الطالبين ٢٨٣/٥ ، ٢٨٤ .

ويقول صاحب تكملة المجموع : « وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من التبن ويرجع فى ذلك الى أهل العرفه فى الموضع ، تكملة المجموع ٤٤٦/١٤ .

(٤٤) يقول القاضى وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها فى الحقيقة ما يحتاج اليه فى ترقية ما فيها منها ، فان كان بدولاب فقد ملأ الثور أو غيره ، وان كان بساقية فيقدر طول البئر

فقهاء الامامية (٤٦) •

لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « حریم البئر مد رشائها »
ولانه المكان الذي تمشى اليه لبهيمة ، وان كان يستقى بيلم منها فيقتدر
ما يحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج عنها فحريمها القدر
الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستنصر بأخذه منه ولو كان ألف
ذراع ، وحریم النهر من جانبيه ما يحتاج اليه لطرح كمرابته بحكم العرف
وذلك أن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ،
الشرح الكبير للمقدس ١٦٣/٦ مطبوع مع المغنى لابن قدامة •

والحديث أخرجه ابن ماجة في سننه عن أبي سعيد الخدري قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حریم البئر رشائها » سنن ابن ماجة
(باب حریم البئر) ٨٣١/٢ •

ويقول ابن قدامة : « وإذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها
قدر ما تمس اليه أعضانها حواليتها وفي النخلة مد جريدتها » الشرح الكبير
للمقدس ١٦٥/٦ •

(٤٥) ويقول ابن حزم : « ومن ساق ساقية أو حفر بئرا أو عينا
فله ما سقى كما قدمنا ولا يحفر أحد ، بحيث يضر بتلك العين أو تلك
البئر أو بتلك الساقية أو ذلك النهر ، أو بحيث يجلب شسيتها من ماؤها
عنها فقط ، لا حریم لذلك أصلا غير ما ذكرنا ، لأنه اذا ملك تلك الأرض
فقد ملك ما فيها من ماء فلا يجوز أخذ ماله بغير حق » المحلى لابن حزم
٢٣٩/٨ •

(٤٦) وجاء في كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « والذي أراه أن
الحریم يقدر بحسب الحاجة والمصلحة وهي تختلف باختلاف البلدان
والأزمان ، وأما النص الوارد في تحديد الطرق وما اليه فيحمل على ما دعت
اليه الحاجة والمصلحة في ذلك العهد » فقه الامام جعفر الصادق ٥٠/٥ •

الرأى الرابع :

والذى أميل الى ترجيحه هو ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بعدم التحديد للحريم المعمور أيا كان نوع المعمور ، وانما يترك هذا للعرف والعادة ، وحسب ما تقتضيه الحاجة اليه ، وذلك لما يأتى :

أولا : أن الآثار التى وردت فى التحديد والتى أغلبها منصبة على العميون والآبار وما يلحق بها من قنوات أخبار مرسلة ومطمون فى سندها (٤٧) •

(٤٧) ساق ابن حجر - رضى الله عنه - فى بلوغ المرام الحديث الذى احتج به الامام ابو حنيفة على تحديد الحريم للبئر بأربعين ذراعا وقال : رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف : ونصه عن عبد الله ابن مفل - رضى الله عنه - أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حفر بئر فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته » رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف ، وعلق عليه الصنعانى - رحمه الله تعالى - فقال لأن فيه إسما عيل بن مسلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن • وفى الباب عن أبى هريرة عند أحمد « حريم البئر البدنى خمسة وعشرون ذراعا وحريم البئر العادى خمسون ذراعا » وأخرجه الدارقطنى من طريق سعيد بن المسيب وأعله بالارسال ، وقال : من أسنده فقدوهم ، وفى سنده محمد بن يوسف المقرئ شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن ابن المسيب مرسلا وزاد فيه حريم بئر الزراعة ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها » وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة موصولا ومرسلا ، والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف •

ثم قال الصنعانى : وظاهر حديث عبد الله أن العلة فى ذلك هى ما يحتاج اليه صاحب البئر عند سقى إبله لإجتماعها على الماء ، وحديث

ثانيا : أن أغلب الأخبار المذكورة متضاربة مع بعضها في التقدير
فمثلا منها يحدد حريم البئر مطلقا بأربعين (٤٨) ذراعا أو بخمسين (٤٩)
ومنها ما يحدد البئر العطن بأربعين (٥٠) والناضح بخمسين (٥١)
أو ستين (٥٢) ومنها ما يحدد البئر المحدثه بخمسة وعشرين (٥٣)
أو بأربعين (٥٤) .

والمعادية بخمسين (٥٥) أو بأربعين (٥٦) وهكذا ، ومثل هذا نجده
بالنسبة الى العيون حيث تتراوح التقادير فيها بين المائتين والالف (٥٧) .

أبي هريرة دال على أن العلة في ذلك هي ما يحتاج اليه البئر لثلا تحصيل
الضرة عليها بقرب الاحياء منها . ولذلك اختلف الحال في البسدي
والعادي ، والجمع بين الحديثين أنه ينظر ما يحتاج اليه ، اما لأجل السقي
للماشية أو لأجل البئر . انظر سبل السلام ٨٥/٣ .
(٤٨) تبين الحقائق ٣٦/٦ ، ومجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .
(٤٩) الخراج ليعحي بن آدم القرشي ص ١٠٦ .
(٥٠) البناية في شرح الهداية ٤٣٦/٩ ، وتكملة فتح القدير ٧٣/١٠
(٥١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٢ . مطبعة مصطفى
الحلبي بمصر ١٩٦٠ م .

(٥٢) بدائع الصنائع ٣٨٥٤/٨ .
(٥٣) الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢ ، والمحلى
لابن حزم ٢٣٩/٨ .
(٥٤) سبل السلام ٨٥/٣ .
(٥٥) تكملة المجموع ٤٧٠/١٤ ، وسبل السلام ٨٥/٣ .
(٥٦) المسالك / احياء الموات .
(٥٧) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ ، والبناية في شرح الهداية ٤٣٨/٩
والمحلى لابن حزم ٢٣٩/٨ ، وشرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري
١٦٩/٢ .

ثالثا : أن في التمهيد بأذرع معينة لا يتفق وبعض أنواع المعمور،
كمثلا بالنسبة للآبار والعيون قد تكون بعض الأراضي صلبة تمسك
بمائها ولا تسمح له بالتسرب لمكان آخر ولو كان قريبا ، وبعضها رخوة
لا تمسك الماء وتسمح له بتسربه لمكان آخر ولو كان بعيد .

رابعا : هذا بالإضافة الى أن تصديق حريم المعمور بالأذرع
لا يفيد في عصرنا الحديث فإذا أريد إنشاء قرية أو مدينة فيترك تحديد
الطرق وجميع المرافق الى معرفة المهندسين ، وما يراه أهل الاختصاص
من المصلحة ، وليس من شك أن الشرع يقر كل ما فيه الخير والنفع
للصالح العام . وأن روايات الحديث حددت المرافق بما يتفق وذاك
العصر حيث لا سيارات ولا مطارات .

من أجل ذلك كله رجحت ما ذهب اليه أصحاب الرأي الثاني
المقائلين بعدم تحديد حرم المعمور بأذرع معينة ، بل يترك ذلك للعرف
والعادة ما تقتضيه الحاجة . والله أعلم .

الفصل الثاني

الاحكام التي تتعلق باحياء الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

احياء أرض الموات التي سبق احيائها

الأراضي الموات التي نريد احيائها تنقسم الى قسمين :

القسم الأول : أن تكون الأرض الموات بكرة لم تنتقل الى الأفراد
بأى سبب من أسباب الانتقال .

القسم الثاني : أن تكون الأرض الموات غير بكر بأن تكون نقلت
الى الأفراد بالاحياء •

فبالنسبة للقسم الأول فان الفقهاء على اختلاف مذاهبهم اتفقوا
على جواز شرعية احياء الأراضى الموات متى توافرت الشروط التى
سبق الحديث عنها أما بالنسبة للقسم الثانى فان الفقهاء اختلفوا فى
جواز شرعية احياء الأرض الموات التى سبق احيائها على ثلاثة آراء:

الرائ الأول :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء تسقط بعد صيرورة الأرض مواتا
وللغير الحق فى استغلال هذه الأراضى واستثمارها بأى طريقة من طرق
الاستثمار والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(١) ، وبعض المالكية(٢) ،
وبعض الامامية(٣) •

واستدلوا على ذلك بعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم :

(١) جاء فى تبين الحقائق : « ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره
قيل : الثانى أحق بها ، لأن الأول ملك استغلالها دون رقعها » تبين
الحقائق ٣٥/٦ • وقد نسب هذا القول الى أبى القاسم البلخى • البناءة
فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ •

(٢) جاء فى مواهب الجليل : « من أحيأ أرضاً ميتة ثم تركها حتى
دثرت وطال زمانها وملكت اشجارها وتهلكت آثارها وعادة كأول مرة
ثم أحيأها غيره فهي لمحبيها آخر » ثم يقول ابن يونس : وهذا قياسا على
الصبيد اذا أفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثانى ، مواهب الجليل
للحطاب ٣/٦ •

(٣) وجاء فى كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « يجوز للثانى
احيائها ، لأن الأول لم يملك رقبة الأرض بالاحياء وانما يملك التصرف
ويكون أولى من غيره » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ •

« من أحيا أرضاً ميتة فهي له » (٤) • وبما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب — رضى الله عنه — أنه قال : « أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » • فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها ، فإن تركها فأخذها رجل آخر فعمرها وأحياها فهو أحق بها (٥)

هذا بالإضافة الى أن المصطفى لا يملك رقبة الأرض حتى لا يستطيع غيره نزعها منه بعد تركها بدون عمارة ، وإنما هو يملك الانتفاع فقط ، ومن ثم فإذا تركها حتى صارت كما كانت عليه من الحالة الأولى من الموات فأحياها شخص آخر كانت له •

كما أستدل أصحاب الرأي الأول أيضاً بما روى عن قيس بن الربيع عن الضبي عن أبيه قال : جاء رجل الى على رضى الله عنه فقال : أتيت أرضاً قد خربت وعجز عنها أهلها فكرت أنهاراً وزرعتها ، قال : كل هنيئاً ، وأنت مصلح غير مفسد ، معمر غير مخرب (٦) •

ولأن الأصل أن هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصبح مواتاً عادت الى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه (٧) ولأنه موات فجاز إحياءه كسائر الأموات ، لأن حقيقة الأموات ما صار بعد الأحياء مواتاً (٨) •

(٤) سنن الترمذى ٦٥٥/٣ ، ومسند الإمام أحمد بن حنبل

• ٣٨١ ، ٣٥٦ ، ٣٣٨/٣

(٥) المرجع السابق •

(٦) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٦٣ •

(٧) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير ١٤٨/١ •

(٨) تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ •

الرأى الثانى :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء لا تسقط حتى ولو عادت الأرض الى الموات مرة أخرى وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٩) ، وبعض المالكية(١٠) ، والشافعية(١١) ، والحنابلة(١٢) ، والظاهرية(١٣) ،

(٩) جاء فى تبیین الحقائق : « والأصح أن الأول احق بها لأنه ملك رقبته بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك » تبیین الحقائق ٣٥/٦ .

(١٠) يقول الشيخ السردير : « وقيل لا تكون للثانى أبدا بل لمن أحياها ولو طال الزمن قياسا على من ملكها بشراء أو ارث أو هبة أو صدقة فاندرسبت فانها لا تخرج عن ملكه ولا كلام لمن أحياها اتفاقا » الفرح الصغير ١٨٣/٣ بأسفل بلغة السالك . وبمثل هذا قال سمحون ورد على من قاصبه على الصيد بقوله : « أن الفرق بين الأرض والصيد ، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده ، ولا خلاف أن من اشترى أرضا ثم تبورت فأحياها غيره بعده فانها لمن اشترأها دون من أحياها » المنتقى ٣١/٦ .

(١١) جاء فى تكملة المجموع : « ما كان فى الأصل عامرا من بلاد الاسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته واندرسبت آثاره فصار مواتا . . . فمذهب الشافعى فيها أنه لايجوز أن يملك بالاحياء سوف عرف اربابه أو لم يعرفوا » تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ .

(١٢) جاء فى شرح منتهى الارادات : « وان ملك باحياه ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا لم يملك باحياه ان كان لمعصوم » شرح منتهى الارادات ٤٥٩/٢ .

(١٣) يقول ابن حزم : « وأما ما ملك يوما باحياه أو بغيره ثم دثر وأشفر حتى عاد كأول حالة فهو ملك لمن كان له ، لايجوز لأحد تملكه بالاحياء أبدا » المحلى لابن حزم ٣٣٣/٨ .

والزبدية (١٤) ، والامامية في قول عندهم (١٥) ،

واستجتلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه » (١٦) وهذا مال مسلم .

ثانيا : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها » (١٧) فجعل زوال الملك عن الموات شرطا في جواز ملكه ، ودل على أن ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالاحياء .

(١٤) البحر الزخار ٧٢/٤ .

(١٥) جاء في فقه الامام جعفر الصادق : « من أحيا أرضا ثم تركها حتى عادت مواتا كما كانت فهل يجوز لغيره احياؤها قال جماعة من الفقهاء لا يجوز لأن الأول قد ملكها بالاحياء ، والأصل بقاء الملك حتى يثبت السبب الناقل ، وليس الخراب من الأسباب الناقلة » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ .

(١٦) كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق ١٨٢/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطي . وجاء في مسند الامام أحمد عن عمرو بن يثرب الضمري قال : شهدت خطبة النبي صلى الله عليه وسلم بمنى فكان فيما خطب به أن قال : « ولا يحل لامرئ من مال أخيه الا ما طابت به نفسه ، قال : فلما سمعت ذلك قلت يا رسول الله أريت لو لقيت غنم ابن عمي فأخذت منها شاء فأحترزتها على في ذلك شيء ، قال : ان لقيتها نعيجة تحمل شفرة وإزنادا فلا تمسها » مسند الامام أحمد بن حنبل ١٦٣/٥ .

(١٧) السنن الكبرى للبيهقي ١٤٢/٦ « باب من أحيا أرضا ميتة ليس لأحد ولا في حق أحد فهي له » دار الفكر .

ثالثا : ما روى عن اسامة بن مضر عن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبقه مسلم فهو له ، فخرج الناس يتعاهدون يتخاطون » (١٨) • وهذا نص ، ولأنها أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين ، فلم يجوز أن تملك بالاحياء ، ولأن ماصار مواتا من عامر المسلمين لم يجوز احياءه بالتملك كالأوقاف والمساجد (١٩)

رابعا : ولأن الأول ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث « فهي له » اذ الاضافة بلام التملك لا يزول بالترك ، كمن أخرج داره أو عطل بيستانه وتركه حتى مرت عليه سنين فإنه لا يخرج من ملكه (٢٠)

خامسا : أن هذه أرض يعرف ما لكها فلم تملك بالاحياء (٢١) •
ولأن ملك المحيي أولا لا يزول بالترك كسائر الأملاك (٢٢) •

هذا وقد رد أصحاب هذا الرأي على الخبر الذي استدلل به أصحاب الرأي الأول وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وقالوا أن استدلالهم بهذا الحديث دليل عليهم لأن الأول قد أحياها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثاني — لأميرين : الأول : أنه سبق ، والثاني أن ملكه قد ثبت باتفاق (٢٣) •

وأن هذا الخبر مقيد بخبر المملوك بقوله في الرواية الأخرى : « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا

-
- (١٨) نيل الأوطار ٣٠٢/٥ والمعادة الاسراع بالسير ، والمراد بقوله يتخاطون يعملون على الأرض علامات بالخطوط .
(١٩) تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ ، ٤٦٣ .
(٢٠) البناية في شرح الهداية ٤٢٧/٩ .
(٢١) الخنيز لابن قدامة ١٤٨/٦ .
(٢٢) شرح منتهى ٤٥٩/٢ .
(٢٣) تكملة المجموع ٤٦٣/١٤ .

يوجب تقييد مطلق الحديث • وقال هاشم بن غروة في تفسير قوله عليه الصلاة والسلام : « وليس لعرق ظالم » الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها • ذكره سعيد بن منصور في سننه (٢٤)

الراى الراجع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الراى الأول الذى يقضى بإعطاء الحق للغير في احياء الأراضى التى تركها صاحبها وآلت الى الخراب والبور ، وذلك استنادا الى المنصوص الذى تعطى الحق في احياء الأراضى الموات مطلقا ، أى سواء سبق احيائها وخربت أم لا ، والتى منها قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضا ميتة فهى له » •

ولأن العلة في تملك هذه الأرض الاحياء والعمارة ، فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك •

هذا بالاضافة الى أنه لو أخذنا الراى الأول وقتلنا بعدم جواز احياء الأراضى الموات التى سبق احيائها لأدى ذلك الى تعطيل الانتفاع بالأرض الموات ، مع أن الشريعة الاسلامية حثت على الانتفاع بالأراضى الموات عن طريق احيائها وتعميرها بما يحقق النفع للجميع •

ولأن المحبى الأول بتركه الأرض وتعريضها للخراب والبوار دليل على اعراضه عنها وتركها لها ، وبالتالي سقط حقه في الملك • والله أعلم •

المبحث الثانى

احياء غير المؤمنين للموات

لا خلاف بين الفقهاء فى تملك المسلم الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأى وجه من الوجوه بالاحياء والتعمير ، وهذا الحق ثابت للمسلم سواء كان رجلا أو امرأة ، وسواء جرا. أو عبدا ، غير أن ما يملكه العبد يكون ملكا لسيده ، لأن العبد وما ملكت يداه لسيده .

ولكنهم اختلفوا فى ثبوت هذا الحق للذمى (١) على ثلاثة آراء :

الزأى الاول :

أن الذمى يحق له تملك الأراضى الموات بالاحياء والتعمير بشرط إذا أذن الإمام له بالاحياء . وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية (٢) ، وبعض فقهاء المالكية (٣) ، وبعض الصابلية (٤) واستدلوا على ذلك بأن الأحاديث

(١) الذمى : هو الشخص غير المسلم الى احدى ديانات أهل الكتاب والنزى يقيم فى بلاد الاسلام قائمة دائمة ، يكون له ما للمسلم من حقوق وما عليه من واجبات ، وهو فى حرفة عقيدته ، لا يتعرض له أحد فى هذا ويعتبر من أهل دار الاسلام .

(٢) جاء فى الباب : « ويملك الذمى الموات كما يملك المسلم ، لأن الاحياء سبب الملك فهستويان فيه كسائر الأسباب الا أنه لا يملكه بدون إذن الامام اتفاقا » الباب ص ١٧٤ .

(٣) وجاء فى المواهب « قال ابن القصار : للإمام أن يأذن لأهل الذمة فى الموات ، قال فى التوضيح : ولم يفرق بين قريب ولا بعيد » مواهب الجليل. للحطاب ١١/٦ .

(٤) ويقول ابن قدامة : « ولا فرق بين المسلم والذمى فى الاحياء نص عليه أحمد » المغنى لابن قدامة ٦/١٥٠ .

التي وردت في احياء الأراضى الموات جاءت مطلقة وعامة ولم تفرق بين المسلم وبين الذمي ولا تخصيص بدون مخصص ، والمطلق يجري على إطلاقه . ومن هذه الأحاديث قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » وغير ذلك من الأحاديث . ولأن الذميين هم من أهل دار الاسلام فلازم مساواتهم في الحكم بغيرهم من أهل هذه الدار ، ومن ذلك جواز احياء اراضى الموات وتملكها .

ولأن هذه جهة من جهات التملك فاشتراك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته (٥) .

والأما أعيان مباحة فجاز أن يستوى في تملكها المسلم والذمي كالصيد والخطب ، ولأن من يملك الاصطياد والاحتطاب ضح أن يملك بالاحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التملك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمي كالبيع (٦) .

أراى الثانى :

أن الذمي لا يحق له احياء الأراضى الموات وتملكها حتى ولو أذن له الامام في ذلك . لأن الحق في هذه الأراضى للمسلمين ، وأذن الامام لا يقطع حقهم فيه . والى هذا ذهب فقهاء الشافعية (٧) ، وبعض

(٥) المغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ .

(٦) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ ، والبنایة فى شرح الهداية ٤٢٨/٩ .

٤٢٩ .

(٧) جاء فى تكملة المجموع : « ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء فى دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له فى ذلك » تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ وجاء فى معنى المحتساج : « وليس هو أى احياء الارض المذكورة لزمى ولا لغيره من الكفار كما فهم بالاولى وان أذن له الامام لانه استعلاء وهو مستنح فى أرضنا » معنى المحتساج ٣٦٢/٢ .

فقهاء الخنابلة (٨) ، والظاهرية (٩) ، والزيدية (١٠) ،
فقهاء الخنابلة (٨) ، والظاهرية (٩) ، والزيدية (١٠) ، وبعض فقهاء
الامامية (١١) .

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولاً : قال عز وجل : « ان الأرض لله يورثها من يشاء من
عباده » (١٢) وقوله تعالى « ان الأرض يورثها عبادى الصالحون » (١٣) .
ونتقن لوإللك لا الكفار ، فنحن الذين أورثنا الله تعالى الأرض فله الحمد
كثيراً (١٤) .

ثانياً : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « موتان الأرض لله
ولرسوله ثم هى لكم مئى » فجمع الموتان وجعلها للمسلمين فانتفى أن
يكون لغيرهم ، لأنه وجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات إليهم
فدل على اختصاصهم بالحكم (١٥) .

(٨) وقال ابن حامد : « لا يملك النمل بالاحياء » وقال القاضى :
... هو منسوب جماعه من أصحابنا . المبدع فى شرح المقنع ٢٤٩/٥ .
(٩) يقول ابن حزم : « ولا تكون الأرض بالاحياء الا لمسلم وأما
النمل فلا » المحلى لابن حزم ٢٤٣/٨ .
(١٠) البحر الزخار ٧٥/٤ .

(١١) جاء فى التذكرة : « اذا أذن الامام لشخص فى الموات ملكها
المحلى اذا كان مسلماً ، ولا يملكها الكافر بالاحياء ولو . باذن الامام ، فان
أذن الامام فأحيها لم يملك عند علمائنا ربه قال الشافعى ، المحلى فى
التذكرة - / اغيأ الموات .

(١٢) من الآية رقم ١٢٨ من سورة الاعراف .
(١٣) من الآية رقم ١٠٥ من سورة الانبياء .
(١٤) المحلى لابن حزم ٢٤٣/٨ .
(١٥) تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ ، ٤٦٠ .

ثالثا : روى عن الامام الشافعى - رضى الله عنه - حديث :
« الأرض لله ورسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون » •

رابعا : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجتمع
فى جزيرة (١٦) العرب دينان » (١٧) إشارة الى اجلتهم حتى اجلهم
عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بازالة املالهم الثابتة فأولى
أن يمنحوا من أن يستجيبوا املالا محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى
من الاستحداث ، فاذا لم يكن لهم الأقوى فلاضعف أولى ، ولأن من
لم يقر فى دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمجاهد ، ولأن
ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية (١٨) •
خامسا : أن تملك الأرضى الموات بالاحياء للذمى فيه استيلاء
وهذا لا يجوز (١٩) •

سادسا : نقل المسبكى عن ابن الجوزى : أن موات الأرضى كان
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رده على أمته (٢٠) •
سابعا : أن موات الدار من حقوق الدار ، والدار للمسلمين فكلن
الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك احياءه (٢١) •

(١٦) جاء فى بلغة السالك : « اعلم أن الجزيرة مأخوذة من الجزر
الذى هو القطع ، ومنه الجزار لقطع الحيوان ، سميت بذلك لانقطاع
وسطها الى أجنابها ، لأن البحر محيط بها من جهاتها الثلاث التى هى
المغرب والجنوب والشرق ، ففى مغربها بحر جدة بضم الجيم وفتح الدال
مشددة ويسمى بالعزم وبحر السويس ، وفى جنوبها بحر الهند ، وفى
مشرقها خليج عمان بضم العين وتخفيف الميم ، بلغة السالك ١٨٨/٣ ،
وحاشية السوقى ٦٩/٤ ، وشرح الخرشى ٧٠/٧ •

(١٧) الموطأ ٨٩٢/٢ •

(١٨) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ •

(١٩) مفتى المحتاج ٣٦٢/٢ •

(٢٠) حاشية البرماوى ص ٢٢٦ •

(٢١) المفتى لابن قدامة ١٥٠/٦ •

مناقشة الأدلة :

اعترض أصحاب الرأي الأول على حديث « مواتن الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى » بأن هذا الحديث لا نعرفه ، وإنما نعرف قوله : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد ومن أحياء مواتا من الأرض قلّه رقيبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل ، ثم لا يمتنع أن يكون المراد بقوله : « هي لكم » أى لأهل دار الاسلام والذى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها (٢٢) .

واعترض أصحاب الرأي الثانى على ما استدل به الرأي من حديث « من أحياء أرضا مواتا فهي له » أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك ، وقوله : « هي لكم » وارد في بيان ما يقع له الملك ، فصار المفسر في كل واحد منهما فيما قصد له قاضيا على صاحبه فصار الخبران في التقدير كقوله : « من أحياء أرضا مواتا من المسلمين فهي له » . والجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أن منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى في الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر وليس كذلك الأحياء .

لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وان منع من الأحياء (٢٣) .

الرأى الثالث :

أن الذى يحل له تملك الأراضى الموات بالأحياء ولو لم يأذن له الامام اذا كانت الأراضى الموات بعيدة عن العمران بشرط أن يكون الأحياء والتعمير خارج جزيرة العرب وهى أرض الحجاز مكة والمدينة

(٢٢) الغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ ، ١٥١ .

(٢٣) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ .

واليمين ومن والأها ، أما الأراضى الموات القريبة من العمران فلا يجوز له احيائها وتعميرها ولو أذن الامام • والى هذا ذهب فقهاء المالكية (٢٤) واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ييقن دينان بجزيرة العرب » (٢٥) •

الرأى الرابع :

بعد بيان آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد على بعض هذه الأدلة من اعتراضات وردود فأننى أرجح ما ذهب اليه أصحاب الرأى لقوة أدلتهم ، ولأن الذمى يعتبر من أهل البلاد الإسلامية ، فيكون له ما لنا وعليه ما علينا ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين • لكن لابد أن يقيّد ذلك بشرط أن لا يكون فى احياء الذمى للأرض الموات ضرر على المسلمين • والله أعلم •

احياء المستأمن (٢٥) والحربى (٢٦) لأرض الموات :

اتفق الفقهاء (٢٧) على عدم جواز احياء المستأمن والحربى

(٢٤) يقول الباجى : « فإذا ثبت أن الذمى يحى فى بلاد المسلمين فإن ذلك فيما بعد من العمران ، فاما فيها قرب من العمران فانه يخرج ويعطى قيمة ما عمر ، لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفىء والذمى لا حق له فى الفىء ، وكذلك ان عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فانه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته » المنتقى ٢٩/٦ •

(٢٥) المستأمن : هو غير المسلم الذى يدخل الى دار الاسلام بمقد أمان لمدة مؤقتة لغرض من الأغراض السياسية أو التجارية ، وله الأمان على نفسه وولده وماله ، ويعتبر من أهل دار الحرب حكما •

(٢٦) الحربى : هو غير المسلم الذى يكون بين بلاده وبلاد المسلمين حالة حرب أو عداء ولم توقع بين البلدين معاهدات أمن أو صداقة •

(٢٧) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ ، مواهب التجليل ١٠/٦ ، ١١ ، روضة الطالبين ٢٧٩/٥ ، الكافى فى فقه أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ والمحلى لابن حزم ٢٤٣/٨ ، والبحر الزخار ٧٥/٥ ، الروضة الندية ١٣٥/٧ ، ٢٣٦

للأراضي الموات مطلقاً أى سواء أذن لهم الامام فى ذلك أم لا ، وسواء كان الموات قريباً من العمران أم بعيداً عنه ، لأنهم ليسوا من دار الاسلام فلا يملكان شئ* .

المبحث الثالث

ما يثبت بالإحياء من حقوق

إذا أذن الامام لأحد الأشخاص بإحياء قطعة من الأرض الموات التى ليست ملكاً لأحد فهى تنتقل اليه ملكية هذه الأرض بكل مقوماتها من عين ومنفعة وغير ذلك ، أو أن حقه فيها لا يتعدى نطاق حق المنفعة دون ملكية العين ؟

للإجابة عن ذلك أقول — وبالله التوفيق — اختلف الفقهاء فى مدى الحق المكتسب بالإحياء على رأيين :

الروى الأول :

أن الحق المكتسب بالإحياء هو ملكية العين ملكية تامة • وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (١) ، وفقهاء المالكية (٢) ، والشافعية (٣) ،

(١) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضاً ميتة هل يملك رقبته : ثم قال : وعند عامة المشايخ يملك رقبته ، البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ وجاء فى شرح العناية : « أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن أحياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة » • ثم قال « وعامتهم إلى الثانى استدلالاً بالحديث » شرح العناية ٨/٧١ •

(٢) ويقول الباجي : « من أحيا أرضاً مواتاً فقد ملكها ، ولا تخرج عن يده لتعطيله لها فإن عمرها غيره فالأول أحق بها » المنتقى شرح موطأ مالك ٦/٣٠ •

(٣) ويقول صاحب تكملة المجموع : « يستحب إحياء الموات ... • تملك به الأرض » تكملة المجموع ١٤/٤٥٦ •

والحنابلة(٤) ، والزيعية(٥) ، والامامية(٦) .

واستدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم » وغير ذلك من الأحاديث التي تفيد ملكية الأرض الميتة للمحيي ملكية تامة .

الرأي الثاني :

أن الحق المكتسب بالاحياء هو حق الاستغلال فقط . أى أنه إذا أحيا شخص أرضاً مواتاً يكون له حق استغلالها والانتفاع بها فقط دون أن يملك رقبته .

والى هذا ذهب أبو القاسم البلخي(٧) من فقهاء الحنفية .

واستدل على ذلك أن هذه الأرض قبل الاجياء مباحة ، فيكون حكمها حكم المباحات ومن جلس فى مكان مباح فإن له الانتفاع به ، فإذا

(٤) يقول ابن قدامة : « وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالاحياء وإن اختلفوا فى شروطه » المغنى لابن قدامة ١٤٧/٦ .
(٥) البحر الزخار ٧٢/٤ ، ٧٣ .

(٦) وجاء فى فقه الامام جعفر الصادق : « وكل من بذل جهداً لحياء الأرض وازال الأسباب التى تحول دون الانتفاع بها فهو أحق بها من غيره ، فقه الامام جعفر الصادق ٤٧/٥ .

(٧) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضاً ميتة هل يملك رقبته ؟ قال بعضهم منهم أبو القاسم لا يملك وإنما يملك استغلالها ، البناية فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ .

وجاء فى شرح العناية : « فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله الى الأول - أى يملك استغلالها - قياساً على من جلس فى موضع مباح فإن له الانتفاع به فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه ، شرح العناية ٧١/١٠ .

قام عنه وأعرض بطل حقه وكان لغيره الانتفاع به فكذلك الحكم هنا (٨)
كما استدلل بحديث « فهو أحق بها » فهي إضافة التخصيص أى هو
المنتفع بها بدون ملك (٩) •

الرى الرارجح :

والرارجح من هذه الآراء ما ذهب اليه أصحاب الرى الأول
القائلين بملكية الأرض ملكية تامة بالاحياء، لأنها ملكها بالاحياء كما جاء
فى الحديث « فهي له » اد الاضافة فيه بلام التملك •

الفصل الثالث

طرق احياء الأرض الموات

اتفق الفقهاء على أن احياء الأرضى الموات التى ليست ملكا لأحد
وغير منتفع بها يكون بكل وسيلة جرى العرف والعادة على اعتبارها
احياء وانتفاعا بالأرض، سواء نان ببنائها مساكن أو حظائر لمنافع خاصة
أو عامة ، بتهيئتها واعدادها للزراعة وما الى ذلك مما تقتضيه مصالح
الناس وتتطلبه رغبتهم • فأى وسيلة مشروعة تحقق لهم ذلك كانت
موافقة لغرض الشارع •

اذن فالمرجع فى ذلك الى الأعراف والعادات السائدة وقت الاحياء
فان من نهج الشريعة الغراء فيما لم يرد به نص أو فيما لم تكن فيه
حقيقة شرعية رد الناس الى المعهود عندهم المتعارف بينهم •
جاء فى تكملة المجموع : « يختلف الاحياء باختلاف المقصود
منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الاحياء ولم يجده ، ولما كان ليس

(٨) شرح العناية ٧٠/١٠ •

(٩) البناية فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ •

للأحياء في اللغة هذا ويجب الرجوع الى الحرف كالحرز والقبض ،
وضابطه تهئية الشيء لما يقصد منه غالبا . فان أراد مسكنا نظرت الى
الحرف المشاع في المكان الذي يجري فيه الاحياء سكنا كتحويطه بالآجر
أو اثلبن أو القصب على عادة المكان « (١) » .

وقال الإمام الشافعي - رحمه الله - : « وانما يكون الاحياء
ما عرفه الناس احياء لمثل الحيا ان كان مسكنا فانه يبنى بمثل يبنى
به مثله من بنيان حجر أو لبن ، أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما احياء
الآدمي من منزل له أو نجواب من حظائر أو غيره فأحياء ببناء حجر
أو مدر أو يماء لأن هذه العمارة يمثل هذا « (٢) » .

وجاء في روضة الطالبين : « قال الأصحاب : المعتبر ما يعز احياء
في الحرف ويختلف باختلاف ما يقصد به وتفصيله بمسائل :

احداها اذا أراد المسكن ، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو
الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضا تسقيف
البعض ونصب الباب على الصحيح فيهما .

الثانية : اذا أراد زريبة للدواب أو حضيرة يجفف فيها الثمار
أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش ، اشترط التحويط ، ولا يكفي نصب
سعف وأحجار من غير بناء ، لأن الممتلك لا يقتصر على مثله في العادة ،
وانما يفعله المجتاز .

الثالثة اذا أراد مزرعة اشترط أمور :

أحدها : جمع التراب حوليه لينفصل المحبي عن غيره ، وفي معناه
نصب قصب وحجر وشوك ولا حاجة الى التحويط .

(١) تكملة المجموع ٤٦٤/١٤ .

(٢) الأم ٣٦٥/٣ .

الثاني : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلى وحراثتها وتلين ترابها ، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها ، فلا بد منه لتسهيلاً للزراعة •

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقيه من نهر أو بحفر بئر أو قناة وسقيها •

الرابع : إذا أراد بستانا أو كرما فلا بد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة • فإن كنت عادة البلد بناء جدار اشترط البناء ، وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك اعتبرت عادتهم (٣) •

واستدل الشافعية على ما ذكره بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهي له » فقد أطلق الحديث الأحياء ولم يبين فحمل على المتعارف (٤) •

أما فقهاء الحنابلة فقد ذكروا في صفة الأحياء روايتين :

الرواية الأولى عن الإمام أحمد فقال : الأحياء أن يحوط عليها — أى على الأرض — حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ، ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سحرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » (٥) ولأن الحائط حاجز يمنع فكان أحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم • ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البلدان ، فإن كان مما جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل النور كان ذلك أحياء •

(٣) روضة الطالبين ٢٨٩/٥ ، ٢٩٠ •

(٤) تكملة المجموع ٤٦٣/١٤ •

(٥) سبل السلام ٨٤/٣ •

والرواية الثانية : الأحياء ما تعارفه الناس أحياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ما كان أحياء في العرف ، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ، وأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق بالحكم بالمسمى أحياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق بالحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته ، إذ ليس له طريق سواء .

إذا ثبت هذا فإن الأرض تحيا دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة فأحياء كل واحدة من ذلك بما تنهيا به للانتفاع الذي أريدت له .

فأما الدار فبان يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح للسكنى الا بذلك ، والحظيرة أحياءها بحائط جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة لم تجربها ، وان أرادها للزراعة فبان يهيئها لامكان الزرع فيها ، فان كانت لا تزرع الا بالماء فبان يسوق اليها ماء من نهر أو بئر ، وان كان المانع من زرعها كثرة الحجارة كأرض الحجاز فأحياءها بقلع أحجارها وتقويتها حتى تصلح للزرع وان كانت غياضا أو أشجارا كأرض الشعر فبان يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت مما لا يمكن زرعها الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فأحياءها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ، أن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له (٦) .

أما فقهاء الحنفية فانهم يرون أن أحياء الأرض أن يجعلها صالحة للزراعة (٧) .

(٦) الشرح الكبير للمقدي ١/١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ .

(٧) يقول السرخسي : « الأحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن

كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا » المبسوط ٢٣/١٦٨، ١٦٧

وفهماء المالكية يرون أن احياء الأرض الموات يكون بواحد من أمور سبعة ذكرها الشيخ الدردير رضى الله عنه بقوله : « والاحياء يكون بأحد أمور سبعة :

الأول : بتقجير ماء لبئر أو عين فتملك به ، وكذا تملك الأرض التى تزرع بها •

والثانى : بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء •

والثالث : ببغاء بأرض •

والرابع : بسبب غرس لشجر بها •

والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه •

والسادس : يكون بسبب قطع شجر بها مبنية وضع يده عليها •

والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسويتها (٨) •

وقال ابن المساجشون : أن الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البياض وتسجيل ماء الرذغة من الأرض وقطع الحياض واللفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعتها (٩) •

أما ابن حزم فإن الاحياء عنده يكون قلع ما فى الأرض من عشب أو شجر أو نبات بنية الاحياء ، لا بنية أخذ العشب والاحتطاب فقط ، أو جلب ماء إليها من نهر أو من عين ، أو حفر بئر فيها لسقيها منه ، أو حرثها ، أو غرسها ، أو ترطيبها ، أو ما يقوم مقام الترطيب من نقل تراب إليها أو رماد أو قلع حجارة أو جرد تراب ملح عن وجهها حتى يمكن بذلك حرثها أو غرسها ، أو أن يختط عليها بحظيرة للبناء ،

(٨) الشرح الصغير ١٨٦/٣ بأسفل بلفة السالك •

(٩) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٣٠/٦ •

فهذا كله احياء في لغة العرب التي خاطبنا الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم (١٠) •

وفقهاء الزيدية يرون أن الاحياء يكون بالحرث والزرع أو الغرس أو امتداد الكرم أو إزالة الخمر - أي الشجر الذي يغطي الأرض - أو التنقية (١١) •

أما فقهاء الامامية فيرون أن الاحياء يرجع فيه الى ما تعارف عليه الناس (١٢) •

وبناء على ما تقدم فإن المشرع جعل الاحياء سببا في تملك الأراضي الموات التي ليس ملكا لأحد وغير منتفع بها بأي وجه من الوجوه ، وأطلق هذا السبب ولم يبينه يذكر الأمور أو الأعمال التي يتحقق بها ، فكان الأوفى والأرفق بالناس ترك ذلك للعرف والمادة في الجهة التي تقع فيها هذه الأراضي ، ويكون الضابط في ما يتحقق احياء الأراضي هو تهئية الأرض وأعدادها لتكون صالحة لتحقيق الغرض الذي قصده المحيي من احيائها غالبا حسب عرف الجهة التي توجد فيها هذه الأرض • فوسائل الانتفاع بالأرض متنوعة ومتعددة ، وما يجري العرف يعتبر بياننا لما ورد من المشرع مطلقا • والمطلوب شرعا هو ألا تترك الأراضي عاطلة عن الانتاج مية لا حياة لها ، نظرا لأن في تركها على هذه الصفة يؤدي الى اضعاف المستوى المادي والمعيشي والاقتصادي للأفراد والجماعات والأمم • والله أعلم •

تم بحمد الله

(١٠) المحل لابن حزم ٢٣٨/٨ •

(١١) السيل الجرار المتدفق ٢٢٧/٣ •

(١٢) جاء في شرائع الاسلام : « الطرف الثاني في كيفية الاحياء والمرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعا أو لغة ، وقد جوف أنه اذا قصد سكنى أرض فاحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف مما يمكنه سكنه سمي احياء » شرائع الاسلام في الفقه الإبلاهي الجبوري ١٧٠/٢ •

أهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم :

ثانيا : كتب الحديث وشروحه :

- ١ - جامع الأصول في أحاديث الرسول • تأليف الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري المتوفى سنة ٦٠٦هـ الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م • دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •
- ٢ - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير • تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ • الطبعة الخامسة • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٣ - سبل السلام : تأليف الامام محمد بن اسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير المتوفى سنة ١١٨٢هـ • الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٥م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٤ - سنن ابن ماجه : تأليف الامام أبي عبد الله بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •
- ٥ - سنن أبي داود : تأليف الامام أبو داود سليمان بن الأشعث ابن اسحاق الأزدي السجستاني • الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٦ - سنن الترمذي : تأليف الامام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٧ - سنن الدارمي : تأليف الامام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام الدارمي المتوفى سنة ٢٢٥هـ • نشر دار احياء السنة النبوية •
- ٨ - السنن الكبرى : تأليف الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي - المتوفى سنة ٤٥٨هـ دار الفكر •

- ٩ — صحيح البخارى : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل ابن المغيرة بن بردخية البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ . طبعة دار الشعب .
- ١٠ — صحيح مسام : تأليف الامام أبى الحسين مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ . طبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- ١١ — فتح البارى بشرح البخارى : تأليف الامام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد الكنانى بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ . طبع سنة ١٣٧٨ هـ — ١٩٥٩م بمطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- ١٢ — كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق : تأليف الامام عبدالرؤف المناوى . مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطى . الطبعة الخامسة . مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- ١٣ — مختصر سنن أبى داود : تأليف الامام زكى الدين عبد العظيم ابن عبد القوى المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦هـ . مطبعة السنة المحمدية .
- ١٤ — مسند الامام أحمد بن حنبل . دار الفكر العربى .
- ١٥ — الموطأ : تأليف الامام مالك بن أنس الأصمحي المتوفى سنة ١٧٩هـ — دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) .
- ١٦ — نصب الراية لأحاديث الهداية : تأليف الامام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢هـ . الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ — ١٩٣٨م مطبعة دار المأمون بمصر .
- ١٧ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : تأليف الامام محمد بن على ابن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ . الطبعة الأولى ١٣٥٢هـ . المطبعة العثمانية المصرية .

ثالثا : كتب الفقه :

(١) الفقه الحنفى :

- ١ — الاختيار لتعليق المختار : تأليف العلامة عبد الله بن محمود بن موجود . طبع النجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ١٤٠٠ هـ — ١٩٨٠ م .
- ٢ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للشيخ علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ . الناشر زكريا على يوسف . مطبعة القاهرة بمصر .
- ٣ — بحر المتقى فى شرح المتقى : دار الطباعة العامة ١٣١٩ هـ .
- ٤ — التبنية فى شرح الهداية : تأليف الفقيه أبى محمد محمود بن أحمد العيني . الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ — ١٩٨١ م . دار الفكر
- ٥ — تبين الحقائق شرح كز الحقائق : تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى مصورة عن الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ . مطبعة بولاق بمصر . دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .
- ٦ — حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى على شرح كنز الدقائق مطبوع بهامش تبين الحقائق . الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ مصورة عن مطبعة بولاق مصر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .
- ٧ — حاشية الفقيه الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة طبعة بولاق ١٢٨٢ هـ .
- ٨ — الخراج : تأليف القاضى أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم المتوفى سنة ١٨٢ هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .
- ٩ — شرح العناية على الهداية : للإمام أكمل الدين محمد بن محمود

البابرتى المتوفى سنة ٥٧٨٦ هـ • مطبوع مع نتائج الأفكار • الطبعة

الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

١٠ - الباب في شرح الكتاب تأليف العلامة عبد الغنى الميدانى الدمشقى

المتوفى سنة ٥٤٢٨ هـ طبعة محمد على صبيح بمصر ١٣٤٦ هـ

- ١٩٢٧ م •

١١ - المبسوط : لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسى

المتوفى سنة ٤٨٣ هـ الطبعة الثالثة • دار المعرفة للطباعة والنشر

بيروت - لبنان •

١٢ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : تأليف المحقق عبد الرحمن

ابن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدملا أفندى • دار الطباعة

العامة ١٣١٩ هـ •

١٣ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار : تأليف الامام شمس

الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(ب) الفقه المالكى :

١ - بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك : تأليف

الشيخ أحمد بن محمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير •

طبع بدار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي بمصر) •

٢ - التاج والاكلیل لختصر خليل : تأليف العلامة أبى عبد الله محمد

ابن يوسف بن أبى القاسم العبدري الشهير بالمواقى المتوفى

سنة ٨٩٧ هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م • دار الفكر

مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب •

٣ - حاشية الشيخ محمد البنانى • دار الفكر بيروت - لبنان

١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م • مطبوعة بهامش شرح التزيهاتى على مختصر

خليل •

- ٤ - حاشية العلامة على الصعيدي العدوي • دار صادر بيروت
 - لبنان مطبوعة بهامش شرح الخرشي على مختصر خليل •
 ٥ - شرح العلامة أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي
 المتوفى سنة ١١٠١هـ على مختصر خليل • دار صادر بيروت • لبنان
 ٦ - الشرح الصغير : تأليف الفقيه أحمد بن محمد بن أحمد المدردير
 العدوي المتوفى سنة ١٢٠١هـ • مطبوع بأسفل بلغة السالك •
 طبع بدار احياء الكتب العربية •
 ٧ - شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل • دار الفكر
 بيروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م •

- ٨ - الشرح الكبير: تأليف: أبي البركات أحمد بن أحمد المدرير: العدوي
 علي مختصر خليل • مطبوع بهامش حاشية الدسوقي • طبع
 بدار احياء الكتب العربية •
 ٩ - المدونة الكبرى : للإمام مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة
 ١٧٩هـ • مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٣٤هـ •
 ١٠ - المنتقى شرح موطأ الامام مالك: تأليف القاضي أبي الوليد سليمان
 ابن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي المتوفى سنة ٤٩٤هـ •
 مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٣٣هـ • مطبعة السعادة بمصر •
 دار الكتاب العربي بيروت - لبنان •

- ١١ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : تأليف الامام أبي عبد الله
 محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة
 ٩٥٤هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨ م • دار الفكر •

(ج) الفقه الشافعي :

- ١ - الأحكام السلطانية : تأليف العلامة أبو الحسن علي بن محمد بن
 حبيب المتوفى سنة (٤٥٠هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٦٠م

- ٢ — الاختراع في حل ألفاظ أبي شجاع : تأليف الشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) •
- ٣ — انظم : تأليف الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٣١هـ •
الدار المصرية للتأليف والترجمة •
- ٤ — تكملة المجموع شرح المذهب : للشيخ محمد نجيب المطيعي وهي التكملة الثانية • الناشر زكريا علي يوسف • مطبعة القاهرة بمصر
- ٥ — حاشية الشيخ برهان الدين بن ابراهيم البرماوى على شرح الفاية لابن المقاسم الغزى • طبعة بولاق ١٢٩٨هـ •
- ٦ — حاشية العلامة : ابراهيم البيجورى على شرح ابن القاسم الغزى على متن أبي شجاع • الطبعة الخامسة • المطبعة الكبرى ببولاق بمصر ١٣٠٧هـ •
- ٧ — حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجورى المتوفى سنة ١٢٢١هـ على شرح منهج الطلاب • مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢هـ •
- ٨ — حاشية أبي الضياء على بن علي الشبراملس القاهري المتوفى سنة ١٠٨٧هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ — ١٩٦٧م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر مطبوعة مع نهاية المحتاج •
- ٩ — روضة الطالبين : للامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع ونشر المكتب الاسلامي •
- ١٠ — مختصر الامام أبي ابراهيم بن يحيى المرني الشافعي المتوفى سنة ٢٦٤هـ مطوع بهامش الأم • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٣١هـ • الدار المصرية للتأليف والترجمة •
- ١١ — مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج : الإمام شمس الدين

- محمد بن أحمد الشرييني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • مطبعة
مصطفى الحلبي ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م •
- ١٢ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : تأليف الامام شمس الدين محمد
ابن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي
المتوفى سنة ١٠٠٤هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م مطبعة
مصطفى الحلبي بمصر •

(د) الفقه الحنبلي :

- ١ - حاشية الشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقري على الروض
المربع للبهوتي مطبوعة بهامش الكتاب المذكور •
- ٢ - الفراج : تأليف العلامة يحيى بن آدم القرشي المتوفى سنة ٢٠٣هـ
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان •
- ٣ - الشرح الكبير على متن المقنع : تأليف الشيخ شمس الدين
أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة
المقديسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ • مطبوع مع المغني لابن قدامة •
دار الكتاب العربي للتوزيع والنشر بيروت - لبنان •
- ٤ - شرح منتهى الارادات : تأليف العلامة منصور بن يونس بن
ادريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ • دار الفكر •
- ٥ - الكافي في فقه الامام الجليل أحمد بن حنبل : تأليف شيخ الاسلام
محمد موقف الدين عبد الله بن قدامة المقدسي • الطبعة الرابعة
١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م المكتب الاسلامي •
- ٦ - كشف القناع عن متن الاقناع : للشيخ منصور بن يونس بن
ادريس البهوتي دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢ هـ
- ١٩٨٢ م •
- ٧ - المبدع في شرح المقنع : تأليف الفقيه أبي اسحاق برهان الدين
ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى
سنة ٨٨٤هـ • المكتب الاسلامي •

٨ - المنفى : للعلامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(ه) الفقه الظاهري :

١ - المحلى : تأليف الامام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ . دار الآفاق الجديدة . بيروت - لبنان .

(و) الفقه الزيدى :

١ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : للامام المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ . مطبعة السنة المحمدية ١٩٤٨ - ١٩٤٩م ، ومؤسسة الرسالة بيروت - لبنان .

٢ - المسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : لشيخ الاسلام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ . دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

(ز) الفقه الامامي :

١ - تذكرة الفقهاء : للعلامة الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالحللي المتوفى سنة ٧٣٦هـ .

٢ - الروضة البهية شرح الدمشقية : للامام زين الدين بن علي بن أحمد بن محمد الجبعي العاملي المتوفى سنة ٩٦٥هـ . مطبعة الآداب في النجف الاشراف الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .

٣ - شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري : تأليف جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهزلي . منشورات دار مكتبة الحياة بيروت - لبنان ١٩٧٨م .

٤ - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام : تأليف : أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحللي المتوفى سنة ٩٧٦هـ . منشورات دار الأضواء الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

- ٥ — فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال • دار مكتبة الهلال بيروت — لبنان •
- ٦ — المسالك : تأليف العلامة زين الدين علي بن أحمد المتوفى سنة ٥٩٦٦ هـ •
- ٧ — مفتاح الكرامة : تأليف العلامة محمد جواد بن محمد الحسيني المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ مطبعة الشورى القاهرة ١٣٣٦ هـ •
- رابعاً : كتب اللغة :
- ١ — أساس البلاغة : تأليف جاد الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري • دار صادر بيروت ١٣٨٥ هـ — ١٩٦٥ م •
- ٢ — تاج المعروس من جواهر القاموس تأليف : محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي • المطبعة الأولى ١٣٠٦ هـ • المطبعة الخيرية بمصر •
- ٣ — القاموس المحيط : تأليف نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى سنة ٨١٧ هـ • مؤسسة الطبى للنشر والتوزيع بمصر •
- ٤ — لسان العرب : تأليف أبو الفضل جمال الدين محمد بن الامام جلال الدين أبي العزم بن الشيخ نجيب الدين المعروف بابن منظور المتوفى سنة ٧١١ هـ • طبعة دار المعارف •
- ٥ — مجمل اللغة : تأليف أبي الحسن أحمد فارس بن زكريا اللغوى المتوفى سنة ٣٩٥ هـ • مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع •
- ٦ — مختار الصحاح : تأليف الامام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي • المطبعة الأميرية بالقاهرة بمصر ١٣٣٨ هـ — ١٨٢٠ م •
- ٧ — المصباح الخير في غريب الشرح الكبير للرافعي : تأليف أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ • المكتبة العلمية بيروت — لبنان ، وطبعة دار المعارف •

المحتوى

- افتتاحية العدد
- ٣ بقلم الأستاذ الدكتور عبد الشافي على جابر عميد الكلية
- بحوث في الجهاد (٣)
- ٥ د. عبد الشافي على جابر
- حق انفرد في الإسلام
- ٥٣ د. عبد الصمد سيد محمد مصمده
- نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم
- ٨٦ د. محمد زين العابدين طاهر محمد
- التنظيم الإداري المركزي في المملكة العربية السعودية
- ١٢٩ د. محمد فتوح محمد عثمان
- من مبررات عزل القاضي
- ٢٠١ د. سيد عبد الرحمن محمد الشقيري
- شهادة النساء مراتبها ونصابها
- ٢٥٦ د. الليثي حمدي خليل الليثي
- مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المأوفاة
- ٢٧٩ د. أبو الحسن ابراهيم على
- القربات : اهداؤها الى الموتى
- ٣٣٨ د. حسين عبد المجيد حسين
- احياء الاراضي الموات
- ٣٩٤ د. سعد محمد حسن أبو عبده
- المحتوى
- ٤٨٧

رقم الايداع بدار الكتب ٦١٩٢ / ٠٩٩٢

مطبعة الافاق
٢ شارع جزيرة بدران شبرا - القاهرة

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
قسم أسسوط

مجلة علمية شرعية قانونية محكمة

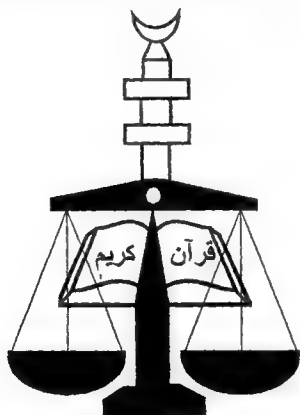


العدد الثاني عشر - الجزء الأول
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسبوط



علمية شرعية قانونية محكمة



العدد الثاني عشر

الجزء الأول

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

أسرة التحرير

رئيس التحرير : أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا . عميد الكلية

نائب رئيس التحرير: أ.د./ حسين عبد المجيد حسين وكيل الكلية

لجنة التحرير:

- ١- أ.د/ محمد هاشم محمود عمر.
- ٢- د./ صلاح الشيخ إبراهيم.
- ٣- د./ صلاح أحمد عبد الرحيم.
- ٤- د./ سيد حسن عبد الله .
- ٥- سكرتير التحرير: السيد / محمد طارق على .

هيئة تحكيم للمجلة: للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالي :

أولاً: الفقه:

- ١- أ.د./ محمد عبد العزيز العزب عزام ٢- أ.د./ محمد أحمد الدهمي
٣- أ.د./ محمود على أحمد إبراهيم ٤- أ.د./ يوسف محمد قاسم
٥- أ.د./ نصر فريد محمد واصل ٦- أ.د./ يس شاذلي شاذلي

ثانياً: أصول الفقه:

- ١- أ.د./ محمد محمد عبدلطيف جمال الدين ٢- أ.د./ عبد الجليل سعد القرنتشاوي
٣- أ.د./ عبد الفتاح حسيني الشيخ ٤- أ.د./ رمضان عبد الوود عبد التواب
٥- أ.د./ صبرى محمد عبد الله معارك ٦- أ.د./ عثمان محمد عثمان
٧- أ.د./ عيسى عليوة زهران

ثالثاً: الفقه المقارن:

- ١- أ.د./ محمد رافت عثمان درويش ٢- أ.د./ محمود عبد العكاري
٣- أ.د./ على أحمد على مرعى ٤- أ.د./ أحمد على طه ريان
٥- أ.د./ المرسى السماحي ٦- أ.د./ رشاد حسن خلى

رابعاً: الفقه الخاص:

- ١- أ.د./ جمال طه العاقل ٢- أ.د./ عبد الرازق حسن فرج
٣- أ.د./ ثروت على عبد الرحيم ٤- أ.د./ نزيه صادق المهدي
٥- أ.د./ عبد الحكيم السيد أحمد شرف

خامساً القاتون العام:

- ١- أ.د./ جعفر عبد السلام على
- ٢- أ.د./ سامح السيد أحمد إبراهيم
- ٣- أ.د./ إسماعيل إبراهيم حسين البنوي
- ٤- أ.د./ فؤاد محمد النادي
- ٥- أ.د./ محمود نجيب حسني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية العدد

" الحمد لله العلى الأكرم، الذى " علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم " وصلى الله على من أوتى جوامع الكلم، سيدنا محمد شمس العلوم ، ومنبع الحكم، وعلى آله وصحبه وسلم "

أما بعد — أيها القارئ الكريم — فبين يديك العدد الثانى عشر من مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، وهو يتضمن طائفة من البحوث المقارنة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية جادت بسها قرائح بعض أعضاء هيئة التدريس بالكلية وغيرهم، وهى بحوث محكمة تحكيما علميا دقيقاً، سعيًا منا وراء الجودة والاتقان.

والله سبحانه نسأل أن تكون هذه البحوث إثراء للمكتبة الشرعية والقانونية ، كما نسأله — تعالى — التوفيق إلى ما يحبه ويرضاه، إنه سميع الدعاء .

عميد الكلية ورئيس التحرير

أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا

محتويات الجزء الأول

٢٠	عنوان البحث	المؤلف	رقم الصفحات	
			من	إلى
١	أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة	د./ أحمد عبد الحى	١٠	١٧٧
٢	التكييف الفقهي للإقالة دراسة مقارنة	د./ على أحمد على مرعى	١٧٨	١٩١
٣	الاحتكار ووسائل معالجته دراسة فقهيّة مقارنة	د./ جمال محمد يوسف	١٩٢	٢٧١
٤	أحكام العقوبة فى ضوء الفقه الإسلامى	د./ اشرف محمود محمد الخطيب	٢٧٢	٣٣٧
٥	خيار الإجازة لتصرفات الفضولى	أ.د./ على أحمد مرعى	٣٣٨	٣٦٠
٦	طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأصوليين	د./ عبد المميع فرج الله	٣٦١	٥٤٥
٧	الاستحسان عند الأصوليين دراسة وتطبيق	د./ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام	٥٤٦	٨٠٢
٨	القول المبين فى التعليل عند الأصوليين	أ.د./ محمد عبد العاطى محمد على	٨٠٣	٨٥٧

أحكام الخصاصة
في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة

إعداد

الدكتور / أحمد عبد الحى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، أحمدوه وأشكروه على آلائه راجيا الزيادة.
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له عالم الغيب والشهادة.
وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله للمرسل رحمة
للعالمين وعلى آله وصحبه نجوم الهدى ومصابيح الرشاد صلاة وسلاما
أرجو بهما في الدارين قربه وامداده.

وبعد “ “

فهذا بحث أجمع فيه مسائل الحضنة وما يتعلق بها من أحكام في
الفقه الإسلامي والذي دعاني إليه هو ما يحدث من نزاع واختلاف في
حضانة الولد عند افتراق الزوجين بسبب عدم معرفة الغالبية العظمى من
الناس بهذه الأحكام، وعدم تيسر معرفتها راجع إلى عدم التفقه في الدين،
وحتى من يرغب في معرفة ذلك لا يستطيع لعدم قدرته على سبر أغوار
الأمهات من كتب الفقه لعدم إلمامه بأساليبها أو لعدم توافرها.

لذا فقد استخرت الله سبحانه، واستغنت به في أن أكتب هذا البحث
- المتواضع - أجمع فيه كل ما يتعلق بالحضنة من أحكام عند افتراق
الأبوين والصبي صغير أو زمن أو مجنون حتى يبلغ عاقلاً فترتفع عنه
الحضنة ويستقل بأموره - راجيا أن يوفقني الله في ذلك فهو حمصي
ونعم الوكيل.

وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة.

أما التمهيد فذكرت فيه تعريف الحضانة وحكمها، ومتى تتعين، ومن تثبت عليه ومن لا تثبت.

وأما الفصل الأول فقد تحدثت فيه عن شروط استحقاق الحضانة وقسمته إلى خمسة مباحث:-

المبحث الأول : القدرة على الحضانة.

المبحث الثاني : أمانة الحاضن.

المبحث الثالث : إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: السفر وأثره في سقوط حضانة الأنثى.

وأما الفصل الثاني: فقد تحدثت فيه عن مراتب المستحقين

للحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: انفرد النساء بالحضانة.

المبحث الثاني: انفرد الرجال بالحضانة.

المبحث الثالث: اجتماع الرجال والنساء.

وأما الفصل الثالث: فقد تحدثت فيه عن نفقة المحضون ولأجر

الحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة المحضون.

المبحث الثاني: رضاع المحضون.

المبحث الثالث: أجر الحضانة والمسكن.

وأما الخاتمة — نسأل الله حسننها — فقد ذكرت فيها أهم النتائج التي خرجت بها من البحث، وأخيراً ذكرت أهم مصادر البحث ثم فهرس عام للموضوعات.

وبعد :

فقد بذلت في هذا البحث قصارى جهدى فإن لُكن قد وفقت فمن الله وله الحمد وإن كانت الأخرى فحسبى لأننى بشر قد أجتهد فأخطأ فيكون لى أجر المحاولة، والله أسأله أن ينفع بما فى هذا البحث كل من يقرأه وأن يغفر لى ما فيه من هفوات.

(ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير)

دكتور/

أحمد عبد الحى محمد

توهيد

أولاً: تعريف الحضانة:

١- تعريفها في اللغة:

للحضانة في اللغة معنيين:

الأول:

جعل الشيء في ناحية، يقال حضن الرجل الشيء أى اعتزله وجعله في ناحية منه، وحضن فلاناً عن حاجته حبسه ومنعه^(١).

الثاني:

الضم إلى الجنب يقال حضنته إذا ضمته إلى جنبك، وهى مأخوذة من الحضن (بالكسر) وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان والجمع أحضان، والاحتضان هو احتمالك للشيء وجعله فى حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله فى أحد شئيهما.

ومن ذلك حضن الطائر بيضه وعلى بيضه إذا وجن عليه وضمه إلى نفسه تحت جناحه للتفريخ، وحضن الصبى يحضنه حضناً إذا رباه. والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيان.

كما يسمى المكان الذى يحضن فيه الولد محضن، والحضانة بالفتح فعلها^(٢).

(١) القاموس المحيط ٢١١/٤، بدق لصنّاع ٤٠/٤.

(٢) المصدرين السابقين، المعجم الوسيط ١٨٨/١، النظم المستعذب فى شرح غريب المذهب

٢٠٦٩/٢، البحر الرائق ١٧٩/٤، ١٨٠، مواهب الجليل ٢١٤/٤، المبدع فى شرح المقنع

٢٣٠/٨، شرح الكنز ١٨٤/١.

تعريفها في الاصطلاح:

وردت الحضانة^(١) عند الفقهاء بألفاظ مختلفة نذكر منها:
للحنفية^(٢): أنها ضم الأم ولداها إلى جنبها وإعترالها إياه من أبيه ليكون
عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.
وللمالكية^(٣): هي حفظ الولد والقيام بمصالحه في مبيته وذهابه ومجيئه
وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.
وللشافعية^(٤): هي تربية الطفل ومراعاة مصالحه في وقت يعجز ولا
يميز بين ضررها ونفعها وذلك فيما دون سبع سنين.
والحنابلة^(٥): هي حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهم وتربيتهم
بعمل مصالحهم من غسل بدنهم ودهنهم وربط طفل بمهد
وتحريكه لينام ونحوه.
وللزيدية^(٦): هي حفظ المولود وتربيته.
بعد أن ذكرنا تعاريف الفقهاء للحضانة فإننا نلاحظ الآتي:

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الحضانة والكفالة إذ هما بمعنى واحد خلافاً للشافعية حيث
يجعلون الحضانة هي الحفظ والإصلاح فيما قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنين والكفالة هي
حفظه فيما بعد ذلك.

(٢) البدائع ٤٠/٤.

(٣) مواهب الجليل ٢١٤/٤.

(٤) الحاوي للكبير ٤٩٨/١١.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣.

(٦) البحر الزخار ٢٨٤/٤.

- أ- جميع هذه التعاريف اتفقت مع التعريف اللغوي في معناه الثاني فسي
جعل الحضانة هي الضم إلى الجنب وإن زادت عليه بعض القيود.
- ب - أن تعريف الحنفية يوهم أن الحق في الحضانة مقصور على الأم
وهو غير مراد إذ الحضانة كما تكون للأم تكون لغيرها عند عدمها
أو سقوط حقها.

كما أنه التعريف الوحيد من التعاريف الفقهية الذي يتوافق مع
المعنيين اللغويين للحضانة ثم إنه التعريف الوحيد الذي يجعل
للحاضنة الاعتزال بالطفل بعيداً عن أبيه أما غيره فلم يشر إلى ذلك.

ج- أما تعريف الشافعية فيؤخذ عليه أنه قصر الحضانة على ما دون
السبع، أما الرعاية والحفظ بعد السبع فيسمونه كفالة مع أن كلا منهما
رعاية وحفظاً أي كان المسمى.

لذلك فإنني أرى أن الأولى في تعريف الحضانة أن نقول هي حفظ
الولد ورعايته والقيام بما يصلحه في كل أموره.

ثانياً: حكم الحضانة:

أجمع أهل العلم^(١) على أن حضانة الأطفال الصغار فرض كفاية
إذا قام به البعض سقط عن الباقيين^(٢) وإنما كانت الحضانة بالنسبة لهم
فرضاً لأنهم خلق ضعيف يفتقرون إلى من يكفلهم ويربهم حتى يقوموا

(١) نقل هذا الإجماع عن ابن رشد يراجع مواهب الجليل ٢١٤/٤.

(٢) رد المحتار ٦٧٠/٢ ، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

بأنفسهم، ولأن في تركهم بدون كافل مظنة الهلاك، فكان حفظهم عن الهلاك واجباً، كما كان الإنفاق عليهم واجباً^(١).

ثالثاً: تعيين الحضانة:

إذا تعدد المستحقين للحضانة فإنها لا تتعين على أحد بل تكون واجباً كفاثياً إذا قام به البعض سقط عن الباقيين^(٢).

أما إذا انفرد المستحق للحضانة فمما لا خلاف عليه أنها تتعين عليه كان قريباً للمحزون أو أجنبياً عنه.

وأول من تتعين عليه هو الأب حيث اتفق الفقهاء على أنه يجبر على نفقة الولد ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق للصغير عليه فإذا امتنع عنه أجبر عليه.

كما تتعين الحضانة على الأم، إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون للصغير أب أو ذي رحم محرم وأن يكون ذلك في حولى رضاعه ولا مال له، أو يكون له مال لكنه لا يقبل ثدى غيرها، فإذا توافرت هذه الشروط تعينت الحضانة عليها فإن امتنعت فإنها تجبر عليها حتى لا

(١) لا فرق في وجوب الحضانة بين حال قيام النكاح وبعد انتهائه إذ تربية الولد ورعايته تسمى حضانة في كلا الحالتين غير أن الغالب أن لا يحدث الخلاف بين الزوجين على تربية الولد إلا بعد الافتراق فاحتيج إلى معرفة أحكامه فعند إطلاق لفظ الحضانة فإنه ينصرف إلى تربية الولد ورعايته بعد افتراق الزوجين، حاشية رد المحتار ٦٣٣/٢.

(٢) فإذا وجد جماعة طفلاً منبوذاً فإنه يجب عليهم التقلطه وحضنه ويكفى أن يقوم بذلك واحد كسائر فروض الكفالية - الفواكه الدواني ١٠٢/٢.

بضيق الولد^(١) أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد اختلف في جبرها على قولين:

الأول:

لا تجبر عليها^(٢) وذلك لأمرين أحدهما: أن الحضانة حق لها والإنسان لا يجبر على استيفاء حقه، وثانيهما: أنها قد تعجز عنها فتكون في جبرها عليها تكليف لها بما لا تطيق وهو مدفوع.

الثاني:

تجبر عليها لأن حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا القولين نجد أن هذا الخلاف لا يترتب عليه كبير أثر إذ من قال لا تجبر لأن الحضانة حقها قوله محمول على ما إذا لم تتعين، واقتصر على جعل الحضانة حقها لأن المحضون لم يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها.

ومن قال تجبر لأن الحضانة حق المحضون فهو محمول على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حق للمحضون لعدم وجود من يحضنه

(١) نقل هذا القول عن بعض الحنفية وعليه الفتوى — كما قال به الشافعية والحنابلة والزيديّة — البحر الرائق ١٨٠/٤، كلبوي وعميرة ٩١/٤، المغني ٢٢٤/٧، المسيل للجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

(٢) هو اختيار السمرقندي والهندواني من الحنفية — منحة الخالق مع البحر ١٨٠/٤، فتح القدير ٣٦٨/٤.

غيرها، وبناء عليه فإن الأم لا تجبر على الحضانة إلا إذا تعينت لتصور الصبي بتركها.

رابعا: من تثبت عليه الحضانة وقت ثبوتها:

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ثبتت حضانتها لمن هم مشفقون عليه، أما البالغ العاقل الرشيد فلا حضانة عليه لأحد لاكتفائه بنفسه واستغنائه عن أحد يكفله وهو مأمون فلم يكن لأحد عليه سبيل.

أما الصغير والمجنون فإنما ثبتت الحضانة عليهم لعجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم فكانوا في حاجة إلى من ينظر إليهم ويقوم بمصالحهم حتى لا يهلكوا أو يضيعوا.

وإذا ثبتت الحضانة عليهم فإنها تستمر إلى أن يبلغ الصغير ويعقل المجنون^(١).

وإنما توقفت هذا الحق بالبلوغ لأن الولاية على الصغار تزول بالبلوغ كولاية المال، ولأنه يكتفي بنفسه عند كمال التمييز والقوة فتزول عنه الكفالة.

هل يخلو سبيل المحضون بمجرد البلوغ؟

يفرق بين الذكر والأنثى.

(١) للبدائع ٤/٤٣، التاج والإكلیل ٤/٢١٤، الحاوي ١١/٥٠٠، المغني ٧/٦١٤، المحلى

فإذا كان المحضون ذكراً فإن بلغ عاقلاً واجتمع رأيهم واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فإنه يخلى سبيله فيذهب حيث شاء ويكون له الخيار في الاستقلال بنفسه أو المقام عند من شاء من أبويه.

لكن يستحب له عدم مفارقتها حتى لا يقطع بره بهما.

أما إن بلغ وكان غير مأمون عليه، فإن للأب ولغيره من العصابات أن يضمه إلى نفسه ولا يخلى سبيله^(١)، كي لا يكتسب شيئاً يضره، ولأن للأب ولاية ماله عند بلوغه مبذراً فكان له أن يضمه إلى نفسه إما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه لأنه يعير بفساد ولده، ولأن الله يقول ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾^(٢) ولأن ذلك من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمنع من فعل المنكر واجب على كل من قدر عليه لا سيما من يلحقه عاره.

ويرى الشافعية في المذهب^(٣) أن له أن يسكن حيث شاء حيث لا ريبة وولاية ماله للأب ما لم يكن أمراً.

أما إن كان المحضون أنثى فقد اختلف العلماء في جواز استقلالها بنفسها بالبلوغ كالذكر وعدم استقلالها وحاصل خلافتهم يتمثل فيما يأتي:

(١) البحر الرائق ١٨٦/٦، المبسوط ٢١٢/٥، رد المحتار ٦٤١/٢.

(٢) بعض آية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الأقناع وتقريرات للشيخ عوض عليه ١٩٧/٢.

١- يرى الشافعية:

أن الأولى أن تكون عند أحد أبويها حتى تتزوج لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاعت مع الكراهة^(١) وذهب ابن حزم إلى جواز استقلالها بغير كراهة^(٢).

يقول ابن حزم ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك ولا لمراعاة زواج الابنة لأنه شرع لم يأذن به الله وقد تزوج وهى فى المهد وقد لا تتزوج وهى بنت تسعين سنة ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج، وبضرورة الحس يدرى كل أحد أن الزواج لم يزلها عقلاً لم يكن ولا صلاحاً لم يكن.

وبمثل ما ذهب إليه الشافعية قال الحنفية^(٣) فى الثيب إذا لم تكن ربية لأن ولاية الأب قد زالت بالبلوغ، ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " ليس للولى مع الثيب أمر"^(٤).

أي فى التفرد بالمسكنى، ولان ثبوت الولاية عليها كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت فى السن واجتمع لها رأى وعقل.

(١) هذا فى البكر فقط أما الثيب فلا كراهة فى انفرداها إذا لم تكن ربية، روى عن الشافعى قال أكره للجارية ويراد بها البكر، أن تعتزل أبويها حتى تتزوج لأنها يسبق إليها ظنه أو تتوجه إليها تهمة، الحاوى الكبير ٥٠٠/١١، ٥٠١ المجموع ٢٢١/٢، الاقناع ١٩٧/٢.

(٢) المطى ٣٣١/١٠.

(٣) بدائع الصنائع ٤٣/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

(٤) الحديث: أخرجه أبو داود فى السنن ٢٣٩/٢، السنن الكبرى للبيهقى ١١٨/٧.

وذهب المالكية^(١) والحنابلة^(٢).

إلى أن الأنثى لا تنفرد ولا يخلو سبيلها أحبت أم كرهت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ولأبيها منعها وإن كانت مأمونة على نفسها إذ هي مطمع لكل طامع ولم تختبر للرجال ولا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.

وإن لم يكن لها أب كان لوليها منعها من ذلك وضمها إلى نفسه. وذهب الحنفية إلى أن الأنثى البكر إذا كانت غير مأمونة على نفسها وكذلك الثيب إذا كانت حديثة السن لا تستقل بنفسها وتظل في ولاية الأب أو الجد^(٣) إذ في تركها بغير ولاية تعريض لها للفتنة وفي ذلك من الضرر ما فيه.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء في استقلال الذكر والأنثى بنفسه بعد البلوغ أو عدم استقلاله فإنني أرى أن للذكر إن كان مأمونا عليه لبلوغه عاقلاً رشيداً الاستقلال بنفسه فيسكن حيث شاء لكن يستحب له أن لا يقطع بره عن أبويه جميعاً سواء سكن مع أحدهما أو استقل عنهما، أما إن بلغ غير رشيد أو كان غير مأمون عليه لكونه أمراً فإنه لا يستقل

(١) التاج والإكليل ٢١٤/٤، حاشية التسوقي ٥٢٦/٢.

(٢) المغنى ٦١٤/٧.

(٣) أما غيرها من العصابات فلا يمكن من ضمها إلا إذا كان مأمونا عليها فإن لم يكن كان للقاضي أن يضمها إلى امرأة أمينة عليها قادرة على حفظها أو يخليها تنفرد بالسكنى عند الأمن عليها. منحة الخالق والبحر الرائق ١٨٦/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

بنفسه بل يجبر على المقام مع أحدهما أو مع أحد العصابة المأمونين وذلك لمنع الفتنة ودفع الضرر عنه وعن من يلحقه عاره.

أما الأنثى فإن بلغت رشيدة ثيباً كانت أم بكرأ فإن الأولى أن تكون عند أحدهما لأنه أبعد للتهمة ويتأكد ذلك إن كان ثم ربة في استقلالها حيث تجبر على المقام مع أحدهما أو مع وليها من العصابة إن كان محرماً لها، ويصدق الولي بيمينه في دعوى الربة ولا يكلف البينة لأن اسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة.

فإن لم يكن أحد من أوليائها كان للحاكم أن يمنعها من الاستقلال ويسكنها حيث يشرف على أمرها أو يضعها عند امرأة مأمونة.

الفصل الأول

شروط استحقاق الحضانة^(١)

بشروط في مستحق الحضانة جملة من الشروط، إذا توافرت كان على حقه في حضانة الطفل وإذا عدمت أو منع منها مانع سقط حقه فيها، وهذه الشروط منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل اختلاف ونتعرض لدراسة هذه الموانع في جملة من المباحث.

المبحث الأول: أن يكون قادرا عليها.

المبحث الثاني: أن يكون أمينا.

المبحث الثالث: إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: عدم السفر للمحضون.

(١) إن قام بأحد المستحقين للحضانة ما يمنعه عنها، كالجنون والصبي أو العاقر، أو العجز أو الكفر أو زواج المرأة بغير ذي محرم من المحضون أو سفر الحاضن ونحو ذلك من كل ما يمنع من الحضانة فعند زواله يعود إلى حقه فيها، فلو عقل المجنون وبلغ الصبي وأسلم الكافر وعاد المسافر وطلقت المرأة فإنه يعود حقهم فيها. البدائع ٤/٤٢، مواهب الجليل ٤/٢١٧، المهذب ٢/١٦٩، الكافي ٣/٣٨٤، السيل الجرار ٢/٤٣٩.

المبحث الأول

القدرة على الحضانة

إذا فقد المستحق للحضانة الأهلية أو كان غير قادر عليها فإنه يسقط حقه فيها، وفقدان الأهلية يتمثل في عدة أمور نبحثها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

الجنون والصغر

يشترط في مستحق الحضانة أن يكون عاقلاً^(١) فإن كان مجنوناً مطبقاً أو كان بحيث يجن أحياناً ويفيق في أحيان أخرى أو كان صبيها ولو مميزاً فلا حق له في الحضانة " وكذا كل من بعقله نقص يمنعه من القيام بحق المحضون فلا حق له في الحضانة لعدم أهليته، ويستوى في ذلك الذكر والأنثى^(٢).

وذلك لأن الحضانة ولاية ومن به جنون ليس من أهلها، وكذلك الصبي ليس من أهلها ثم إن الصبي والمجنون في حاجة إلى من يكفلهما فلم يجز أن يكون واحداً منهما كافلاً.

(١) كما يشترط هذا الشرط في الابتداء فإنه يشترط للدوام والاستمرار فلين جن حال قيامه بالحضانة سقط حقه فيها.

(٢) رد المحتار ٦٣٣/٢، منحة الخلق ١٧٩/٤، التاج والاكلیل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع الدرر المنقوشة ٥٢٨/٢، حاشية قليوبي وشرح المحلى ٩٠ / ٤، المغنى ٦١٢/٧، المسيل الجرار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣، تكملة المجموع ٢٢٢/٢٠.

ثم إنه يخشى على الصبي من جنونه فكان في ثبوت الحضانة له ضرراً بالصبي وهو ممنوع لمخالفته لشرعية الحضانة حيث شرعت لمصلحة الصبي لا لضرره.

المطلب الثاني

العاة المضرة

إذا كان مستحق الحضانة به عاهة يخشى منها على المحضون كفاحش الجزام والبرص وشبههما من كل مرض يخشى أن يلحق المحضون بسببه الضرر سقط حقه في حضانة الصبي^(١).
إذا هي ما ثبتت إلا لمصلحة الصبي، فإذا قلنا بأحقية في حضانة الطفل مع تحقق الضرر لكان ثبوتها مخالفاً لشرعيتها وهو ممتنع.

(١) التاج والإكليل ٢١٦/٤، المشرح الكبير مع حاشية النسوي ٥٢٨/٢، الإجماع في حل ألفاظ أبي شجاع ١٩٦/٢.

المطلب الثالث

العجز عن القيام بحق المحضون

يشترط فيمن له الحق في الحضانة أن يكون قادراً على القيام بشأن المحضون من كل ما يصلحه ويعود عليه بالنفع ، فإن كان عاجزاً عن ذلك سقط حقه فيها^(١) وأوجه العجز كثيرة نذكر منها:

أ- المرض:

فإذا كان من له الحق في الحضانة مريضاً مرضاً يشغله عن أحوال المحضون كالفالج والسل وشبههما سقط حقه في الحضانة لقصوره عن مراعاة المحضون وتربيته، هذا إذا كان يقوم بمصالحه بنفسه، فإن كان له من يقوم بمصالحه، ويمكنه مراعاة الصبي فلا يسقط حقه فيها لعدم تضرر الصبي بذلك.

هذا عن المرض الدائم، أما المرض الطارئ الذي يرجى زواله فلا يعد مانعاً له عن حق الحضانة لأن ذلك لا يعد عجزاً مستمراً.

ب- الهرم:

إذا كان من له حق الحضانة شيخاً فانياً أو أنثى تقدمت بها السن وليس لهما من يقوم بمصالحهما فلا حق لهما في حضانة الطفل لعجزهما إذ من بلغ هذا المبلغ لا يستطيع القيام بأمور نفسه فكيف

(١) رد المحتار ٢/٦٢٣، منحة لخالق ٤/١٧٩/١٨١، الشرح الكبير وحاشية للنسفي ٢/٥٢٨،

الحاوي ١١/٥٠٢، الاقتاع ٢/١٩٦، قليوبي ٤/٩٠.

يقوم بأمور غيره، أما إن كان عندهما من يقوم بهما ويرعى
شئونهما فلا يسقط حقهما فيها لعدم لحوق الضرر بالصبي.

ج العمى والصمم:

إذا كان الحق في الحضانة لأعمى أو أصم وأمكنهما حفظ الطفل
ورعايته بقيا على حقهما فيها لعدم العجز، وإن لم يمكنهما تدبير
أمرهما بأنفسهما ولم يكن لهما من يقوم بهما فلا حق لهما فيها
لعجزهما عن حفظ الصبي ورعايته، لأن من لا يرفع نفسه كيف
له أن يرفع غيره.

وللشافعية^(١) في حضانة الأعمى قولان: أحدهما وهو الظاهر عدم
سقوط حضانته مطلقا كان متمكنا من حفظ الطفل أولاً، له من يقوم
بمصالحه أولاً.

والثاني: سقوط حضانته بكل حال.

والأولى هو التفريق بين من يمكنه رعايته وحفظه فيبقى على حقه
ومن لا يمكنه ذلك فلا يحق له.

(١) قليوبي ٩٠/٤، الاقتناع ١٩٦/٢.

المبحث الثاني

أمانة الحاضن

يشترط في المستحق للحضانة أن يكون أميناً، فإن كان فاسقاً بأن كان غير مؤتمن على المحضون.

فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضائنه وفيما يفسق به وبيان ذلك في مطلبين:-

المطلب الأول

ما يعد فسقاً تسقط به الحضانة

اختلفت عبارات الفقهاء فيما يعد فسقاً يسقط عدالة المستحق للحضانة إلا أنها جميعاً لا تخرج عن أن المراد بالفسق هو ما يتضرر به الولد وإليك بعض من آرائهم.

فالحنفية يرون:

أن الفسق الذي يسقط الحق في الحضانة هو فسق يضيع الولد به، وهو باطلاقه ينتظم جميع أنواع الفسق من زنا^(١) ومردة وغناء ونياحة حتى لو تركت الصلاة، إذ كل ذلك فسق يضيع به الولد فيسقط حق صاحبه في الحضانة.

(١) قصره بعض الحنفية على الزنا لإنشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل أما غيره فلا، لأن الذممة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأتيان فالفسقة للمسلمة أولى، والأصح عدم قصر الفسق على الزنا، لأن الذممة إنما تقع ما تفعل مما يوجب الفسق عندنا على جهة اعتقاده دينا لها فلا يلحق بها الفاسقة المسلمة، منحة للخلاق على البحر ١٨١/٤، حاشية ابن عابدين ٢/٢٣٣، ٦٣٤، حاشية الطائي مع شرح الكنز للعيني ١/١٨٤.

وقريب من هذا ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن الفسق كما يكون بالزنا يكون بالشرب والغناء وكل لهو محرم يقول الدردير^(١) عند بيان شروط الحضانة والأمانة في الحاضن أمأ أو أبأ ففى الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم.

فالمراد بالأمانة عندهم حفظ الدين، وإن كان فى الأصل حفظ المال والدين معاً.

ويرى الشافعية^(٢) أن الفاسق هو من ارتكب كبيرة كالغصب والسرقه والقذف وشرب الخمر، والزنا سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه، أو أصر على صغيرة، كما يعد تارك الصلاة فاسقاً عندهم غير أنهم يقولون يكتفى فيمن يستحق الحضانة بعدالة الظاهر فقط فلا يكلف الثبوت عند القاضى^(٣).

وخلاصة أقوال الفقهاء فى هذا الأمر أنه يشترط عدم فسق الحاضن وأن الفاسق هو من يخشى أن يلحق ضرره بالمحضون والذي يرتكب الزنا أو السرقة أو الشرب يخشى ضرره على المحضون كما أن من يديم الغناء أو الرقص وكل لهو محرم يخشى ضرره على المحضون، كما أن تارك الصلاة يخشى ضرره على المحضون وبالتالي

(١) الشرح الكبير مع حاشية النسوى ٥٢٨/٢.

(٢) المهذب ٢٢٤/٢، قلوبى وعيرة على شرح المحلى ٩٠/٤ تقريرات الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٥/٢.

(٣) فلو ادعى أحدهما فسق صاحبه لينفرد بالحضانة باسقاط حق الآخر لم يقبل قوله ولم يكن له إحلافه عليه، ويظل على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعى الفسق بينة عليه. للنسوى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، الحلوى الكبير ٥٠٣/١، ٥٠٤.

يسقط حق من اتصف بشئ من ذلك في حضانة الطفل لعدم عدالته عند الجمهور من أهل العلم.

المطلب الثاني

الخلافة في سقوط حضانة الفاسق

يرى جمهور أهل العلم^(١) اشتراط عدالة المستحق للحضانة فإن كان فاسقاً سقطت حضانتة ولو كان أباً أو أمّاً، وإذا سقطت حضانتة نفسه انتقلت إلى من يستحقها بعده وذلك لأن الحضانة من باب الولاية، والعدالة شرط في استحقاق الولاية، فكانت شرطاً في استحقاق الحضانة. ولأن من كان بهذه الصفة - الفاسق - لا يوفى الحضانة حقها، ثم إنه لاحظ للولد في حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته، إذ ربما اقتدى الولد بفساده لاقتترانه به ونشوءه معه. كما أن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان بأن يعدل عن صلاح غيره أشبه.

وذهب ابن حزم الظاهري^(٢) إلى أن للأُم الفاسقة الحق في حضانة الصغير مدة الرضاع، فإذا بلغ مبلغ الفهم والاستغناء فلا حضانة لها لقوله تعالى: ﴿ وَنَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ ﴾^(٣).

(١) منحة الخالق ٤/١٨١، رد المحتار والدر المختار ٢/٦٣٣، ٦٣٤، التاج والاكليد ٤/٢١٦،

الشرح الكبير مع حاشية السوقى ٢/٥٢٨.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣.

(٣) بعض آية ١٢٠ من سورة الأنعام.

وقبل أن يصل إلى حد الفهم لا لثم، وعند بلوغه حد الفهم يجب نزع عنها لأن في ذلك ترك لظاهر الإثم وباطنه.

وذهب الحنابلة في رواية وهو قول الشوكاني والصنعاني^(١) إلى أنه لا يشترط عدالة الحاضن فلا تسقط حضنته بفسقه، لأن العدالة معتبرة فيما اعتبره الشرع لا في كل أمر، واعتبارها في الحضنة حرج عظيم وتعسير شديد إذ غالب النساء يتساهلن في كثير من الأمور الدينية، فلو كانت العدالة معتبرة فيهن ومسوعة لنزع أولادهن من أيديهن لم يبق صبي بيد أمه إلا في أندر الأحوال وفي ذلك ضرر بالصبي بنزعه عن مصلحته، وضرر بالأم بتوليها بولدها وهو منهي عنه^(٢). ولأنه مخالف لما عليه أهل الإسلام سابقهم ولأحقهم.

الترجيح :

بعد هذا العرض الموجز لهذه الآراء وألنتها أرى أن أولاهما بالقبول هو ما عليه الجمهور من اشتراط عدالة الحاضن وعدم فسقه غير أنه يجب أن يفرق بين فسق يتضرر به الصبي كأن يكون من له الحضنة مشتهراً بارتكاب الفواحش كالزنا والشرب ونحوها أو أن يكون مشتهراً باستعمال اللهو المحرم من غناء ورقص حيث يسقط حقه في الحضنة بذلك، إذ في معاشرته من هذه صفته لحوق أشد الضرر بالصبي

(١) الفروع ٦١٦/٥، المسيل للجرار على حدائق الأزهار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣.

(٢) ثبت ذلك من حديث يروى عن النبي ﷺ أنه قال : " لا توله ولادة بولدها ". المصنف لعبد

الرازق ١٥٣/٧، ١٥٤/١ نصب الراية ٢٦٦/٣ سبل السلام ٢٢٩/٣، سنن البيهقي ٥/٨.

إذ ينشأ على طريقته، ولا مصلحة له في أن ينشأ فاسقاً والحضانة ما كانت إلا لحظ الولد، ولا حظ له في أن ينشأ على الفسق.

ولأن الله يقول : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) وترك الصغير مع من هذه صفته ليس تعاوناً على البر والتقوى بل تعاوناً على الإثم وهو منهي عنه.

أما إن كان فسق مستحق الحضانة بتكاسله عن الصلاة أو بإرتكابه لبعض الصفات، وكان الطفل صغيراً لم يصل إلى مرحلة الفهم والاستيعاب لما يحدث حوله فإنه لا ينزع عن حاضنه إذ لا ضرر عليه والحال هذه في صحبته.

والله تعالى أعلم ، ، ،

^١ بعض آية : ٢ من سورة المائدة.

المبحث الثالث

إسلام الحاضن

اختلف للفهاء في ثبوت الحضانة للكافر^(١) على المسلم وانحصر خلافهم في ثلاثة آراء:

القول الأول:

ذهب إليه الحنفية والمالكية وأبو ثور وأبو سعيد الأصبخري من الشافعية^(٢) أن الإسلام ليس شرطاً في الحاضن ذكراً أو أنثى. فلو كانت الأم كافرة^(٣) - كتابية أو مجوسية^(٤) فإنها تظل على حقها في الحضانة ولا ينزع الصبي منها، فإن خيف أن تغذيه بخمر أو خنزير فإنها تضم إلى واحد من المسلمين ليكون رقيباً عليها ولا ينزع منها الصبي.

وقد استدلل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري قال أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبنت امرأته أن تسلم فأنت النبي

(١) لا خلاف في جواز حضنة المسلم للكافر لما فيه من المصلحة إنما الخلاف في حضانة الكافر للمسلم.

(٢) المبسوط ٢١٠/٥، البدائع ٤٢/٤، التاج والاكلیل ٢١٦/٤ - النسوقي والشرح ٥٢٩/٢، نيل الأوطار ٢٣١/٦، الهداية والعناية عليها مع الفتح ٣٧٢/٤.

(٣) ومثل الأم في ذلك الجدة والخالة والأخت المجوسيات. إذا أسلم الأب.

(٤) زواج المسلم من الكتابية جائز ومتصور، أما زواج المجوسية ابتداءً فغير جائز، وتصور المسألة أن يكون الزوجان مجوسيين فيسلم الزوج وتبلى الزوجة الإسلام فيفرق بينهما ويتنزاها في حضنة الطفل.

ﷺ فقالت ابنتي وهى فطيم أو شبيهه وقال رافع ابنتي فقال رسول الله ﷺ اقعدي ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها فقال النبي ﷺ اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها^(١).

دل الحديث على ثبوت حق الحضانة للأُم الكافرة وإن كان الولد مسلماً، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعد بها النبي ﷺ بينهما، ولما خيرها والتخير دليل ثبوت الحق.

بـ إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة منها على الولد وذلك لا يختلف باختلاف الدين، وقد قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى^(٢).

جـ - إن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وهو لا يختلف بالإسلام والكفر.

القول الثاني:

أن الصبي يظل في حضانة أمه غير المسلمة حتى يعقل الأديان^(٣) فإذا عقل أو خيف أن يألف الكفر، حيث تذهب به إلى معابدهم - فإنه ينزع منها، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى.

(١) أخرجه الترمذى عن فبي هريرة وقال صحيح الإسناد - السنن للترمذى ٧٥/٣، نصب الرأية ٢٦٩/٣، وما بعدها، السنن لابن ماجه ٧٨٨/٢.

(٢) هو طائر طويل العنق رمادى اللون فى منقاره بعض طول يسميه أهل مصر للحبرح يضرب به المثل فى عدم المحبة. حياة الحيوان للدميرى ٣/٣٨٣، النظم المستعذب ١/١٤٩.

(٣) قيل بقدر ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٣٩/٢.

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الحنفية^(١) وهو قريب مما ذهب إليه ابن حزم الأندلسي^(٢).

أما تركه في يدها مدة الرضاع فلقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾^(٣)

حيث لم يفرق بين أم وأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلها الله تعالى فيه بغير نص، أما إذا بلغ الصبي مبلغ الفهم والاستغناء فإنه ينزع منها، لأن الولد مسلم بإسلام أبيه وهي تعلمه الكفر فلا يؤمن للفتنة في تركه عندها.

ولأن الله يقول : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٤) ومن ترك الصغير أو الصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، وترك الصلاة والصيام وشرب الخمر وأكل الخنزير حتى يسهل عليهما شرائع الكفر فقد عاون على الإثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى، ومن أزالهما عن ذلك إلى حيث يتعلمان الصلاة والصيام وشرائع الإسلام فقد عاون على البر والتقوى وأدى الفرض في ذلك. القول الثالث: لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم — ذكرنا أو أنثى.

(١) ينسب هذا القول إلى الإمام أبو بكر أحمد الرزقي يرجع البدائع ٤/٤٢.

(٢) يقول ابن حزم في المحلى ١/٣٢٣، ٣٢٤، والأم للكفرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة لكفرة.

(٣) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٤) بعض الآية ٢ من سورة المائدة.

ذهب إلى ذلك الشافعية في المذهب^(١) والحنابلة^(٢) والزيدية^(٣).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن الله قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل

المؤمنين بعضهم أولى ببعض وقال: ﴿ولن يجعل الله

للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾^(٤) والحضنة ولاية لأبد

فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه.

٢- إن الحضنة لحظ الولد ولاحظ له في حضنة الكافرة، فلا

تشرع على الوجه الذي فيه هلكه وهلاك دينه.

٣- إن الحضنة لا تثبت لفاسق فلأن لا تثبت لكافر أولى، لأن

ضرره أكثر حيث يفتته عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه

الكفر وتزيينه له وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر.

٤- قياس الحضنة على غيرها من الولايات حيث لا تثبت

ولاية الكافر على المسلم في النكاح وغيره كذا هذا.

المنافضة:

أولاً: ناقش أصحاب القول الثالث أدلة القول الأول بما يلي:

أ- حديث عبد الحميد بن جعفر لا يصلح للاحتجاج به لعدة أمور منها^(٥):

(١) المهذب ١٦٩/٢، الحاوي الكبير ٥٠٣/١١، المجموع ٢٠/٢٢٢.

(٢) المغنى ٦١٣/٧، الكافي لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٣) البحر الزخار ٣٨٤/٤، ٣٨٥.

(٤) بعض آية ١٤١ من سورة النساء.

(٥) المجموع ٢٠/٢٢٠، ٢٢٢، المغنى ٦١٣/٧، نيل الأوطار ٦/٣٣٠، ٣٣١، سبل السلام

٢٢٨/٣.

١- لأن عبد الحميد رمى بالقدر، وكان سفيان يضعفه وكذا الثوري ويحيى بن معين.

٢- قال ابن المنذر - هذا الحديث لا يثبت به أهل النقل وفي إسناده مقال.

٣- وإن سلم بصحته فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنها تختار أباهما بدعوته فكان ذلك خاصا في حقه، أو أنه منسوخ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبي للمسلم إلى الكافر - لأن الله يقول: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.

٤- ثم إنها كانت فطيما والقطيم لا بخير.

وقد رد أصحاب القول الأول هذه الاعتراضات بما يلي:

١- إن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به وقد صححه الحاكم وغيره .

٢- إن دعوى الاضطراب ممنوعة باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم.

٣- إن دعوى النسخ والإجماع عليه مردودة، إذ النسخ لا يكون إلا بنص أو إجماع ولم يوجد فبطل القول به.

ب - قولهم إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة وذلك لا يختلف بالإسلام والكفر غير مسلم لأنها وإن كانت مشفقة عليه فهي

بأمانة على بدنه لكنها غير بأمانة على دينه وحظه فسي للدين أقوى.

ثانياً: ناقش أصحاب القول الأول أدلة القول الثالث بما يلي:

أ- أما استدلالهم بعموم قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ فهو مردود لأن هذا عموم وحديث عبد الحميد بن جعفر خصوص وللخاص يقدم على العام كما هو مقرر عند علماء الأصول.

ب- قولهم إن الحضانة لا تثبت لفاسق غير مسلم، إذ إن هذا الشرط غير متفق عليه بين أهل العلم حيث نازع بعضهم في اشتراطه فلا يصلح للاستدلال به على اشتراط الإسلام في الحاضن.

الترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من بقاء للصبي عند أمه إلى أن يعقل الأديان ويفهم ما يدور حوله، فإن أدرك وعقل أو خيف عليه أن يألف الكفر نزوع منها، إذ هو أعدل الآراء.

لأن فيه توازناً بين حفظ حق الأم في حضانة ابنها وحفظ الابن من تعلم الكفر.

أما حق الأم في حضانة ابنها في مدة الرضاع فذلك لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ ولأن الصغير في هذه السن ومن زاد عليها لا فهم له ولا معرفة بما يشاهد فلا ضرر عليه في

ذلك، أما إذا عقل الأديان أو خيف عليه أن يألف الكفر وذلك لا يكون إلا بعد إدراكه وتمييزه فإنه ينزع منها حفظا له، لأن في بقاءه عندها يلحقه الضرر بتعوده على الكفر فكان حقه في حفظ دينه أقوى من حقها في حضانتها.

ولأن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له في أن يبقى بيدها عندما يعقل لأنه يألف عاداتها بكل ما فيها من مساوئ أما قبل أن يعقل فإن حظه في أن يبقى بيدها لينال من حنانها وشفقتها ما لا يناله عند غيرها.

المبحث الرابع

عدم زواج المستحقة للحضانة

إذا كانت الحضانة للأبنت فهل يشترط لاستحقاقها الحضانة خلوها عن الزواج^(١) وإذا استحققت الحضانة ثم تزوجت فهل يسقط حقها فيها أم لا ؟ وهل يختلف الحكم فيما إذا كان الزوج قريبا للمحزون عما إذا كان أجنبيا أم لا ؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال هذه المطالب:

(١) هذا إذا أقرت بالتزوج، فإن ادعى عليها ذلك ... حيث تنازعت مع أحد مستحقي الحضانة فدعى أنها متزوجة ليسقط حقها، ولكررت هي ذلك كن القول قولها مع يمينها. أما إن أقرت بالزواج وادعت أنها طلقت وعينت الزوج فلا يقبل قولها، لأن دعواها طلاق المعين لا تقبل إلا إذا صدقها، البحر الرائق ١٨٣/٤، در المحتر ٦٤٠/٢.

المطلب الأول

إذا كان الزوج قريبا

إذا كان الزوج قريبا من المحضون، بأن كان زوجها ذى رحم^(١) منه فإنها تبقى على حقها في الحضانة ولا يسقط حقها فيها عند غالبية الفقهاء^(٢).

فلو كانت الحاضنة أما أو خالة وزوجها عم الصبي، أو كانت جدة متزوجة بجدة الصبي فهي على حقها في الحضانة وليس لأحد نزع الصبي منها^(٣).

ودليل ذلك ما يلي:

أ- ما روى أن عليا وجعفرأ وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ففضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم^(٤) وقد كانت متزوجة بجعفر بن أبي طالب

(١) يشترط في ذى الرحم أن يكون محرما، فإن كان زوجها ذى رحم لكنه غير محرم كإبن العم والمحضون انتهى فهو كالأجنبي فيسقط حقها بالزواج منه، البحر الرائق ١٨٣/٤، للسنوسي والشرح الكبير ٥٣٠/٢.

(٢) لم يخالف في ذلك إلا ابن وهب المالكي والشافعية في وجه حيث اسقطوا حضانتها بالزواج مطلقا، ولو كان الزوج ذا رحم محرم لمعوم قوله ﷺ " ما لم تتكحى " ولما يجذبها الطبع إليه من التوافر على الزوج ومراعاة أولادها منه. حاشية المدنى على كنون وحاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الحلوى ٥٠٥/١١.

(٣) للتدقيق ٤٢/٤، المبسوط ٢١٠/٥، التاج والإكليل ٢١٧/٤، المعنى ٦١٩/٧، المسيل للجرار ٤٣٩/٢، الكافي ٣٨٤/٣، البحر الزخار ٣٨٥/٤ شرح للكنز ١٨٥/١.

(٤) صحيح البخارى ٦٤/٣، فتح البارى ٥٧١/٧، المنن للبيهقى ٥/٨.

فلم يجعل نكاحها بذى رحم للصبي وهو جعفر ابن عم الصبيبة مبطلاً لحقها.

ب- إن جد الولد يكون مشفقاً عليه ولا يلحقه الأذى والجفاء من جهته، وكذا العم وغيره من المحارم لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، فلما كان الضرر منتفياً عن الصغير لم يسقط حقها في الحضنة.

ج- إن كل واحد منهما له الحق في الحضنة منفرداً فمع اجتماعهما أولى.

المطلب الثاني

إن كان الزوج غير قريب للمحضون

إن كان الزوج أجنبياً من المحضون فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضانتها بالزواج على ثلاثة آراء.
القول الأول:

لا يسقط حقها في الحضنة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل.
ذهب إلى ذلك الحسن البصري وابن حزم الأندلسي^(١) وهو مروي عن عثمان بن عفان^(٢) وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلي:
أ- قوله تعالى: ﴿وَرَبَّائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُم﴾^(٣).

(١) تكملة المجموع ٢٠/٢٢٣، الحاوي ١١/٥٠٤، المطى ١٠/٣٢٣، البحر الزخار ٤/٣٨٥، سبل السلام ٣/٢٢٧.

(٢) نيل الأوطار ٦/٣٢٩.

(٣) بعض الآية ٢٣ من سورة النساء.

ولو كان للزوج يسقط حق المرأة في الحضانة ما كانت في حجره
فدل كونها في حجره على بقاء حقها في ذلك ولو تزوجت.

ب- قوله تعالى : ﴿ وَاللَّوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ^(١).

دلت الآية على أن حق للرضاع للأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن
موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص ولم يأت نص صحيح قط بأن
الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة.

ج- أن النبي ﷺ تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب ^(٢) فكانت عندها ولم
تسقط حضانتها بالزواج وقد أقرها النبي ﷺ على ذلك.

د- روى عن أنس بن مالك قال قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم
فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: " يا
رسول إن أنسا غلاما كيما فليخدمك قال فخدمته في السفر
والحضر ^(٣) .

فهذا أنس في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول
الله ﷺ ولم ينكر فكان إقرارا ببقاء حقها في الحضانة.

هـ- ما روى أن عليا وجعفرأ وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة
حمزة - حيث قضى بها رسول الله ﷺ للخالة ^(٤) وهى مزوجة

(١) بعض آية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٢) يراجع المستدرک للحاکم ١٧/٤ ، ١٩ .

(٣) الحديث أخرجه البخارى في صحيحه ١٧٤/٢ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى
٤٧٤/١٠ .

(٤) سبق تخريجه .

بجعفر، ولو كان الزواج يسقط حق المرأة في الحضانة لما قضى لها بها.

و- إنه لا فرق في النظر والحياطة بين الريبب - زوج الأم - والريببة - زوجة الأب - بل في الأغلب يكون الريبب أشفق وأقل ضررا من الريببة.

القول الثاني : وهو رواية مهنا عن الإمام أحمد^(١).

إن تزوجت والابن صغيرا نزع منها، أما البنت فلا تنزع منها إلى سبع سنين.

فقد فرق بين الغلام حيث يسقط حقها في حضانتها بمجرد زواجها والجارية فلا يسقط حقها في حضانتها بالزواج إلى أن تبلغ سبع سنين. واستدل لذلك التفريق بقصة ابنة حمزة حيث ابقى الحضانة عليها لخالتها وهي متزوجة.

وبحديث (أنت أحق به ما لم تتكحى) ومسلتي في أدلة - الجمهور - إذ مقتضاه سقوط حضانة المرأة بالزواج فللجمع بين الأحاديث يقال ببقاء الحضانة على الأنثى وسقوطها عن الذكر بزواج الحاضنة جمعا بين الأدلة.

القول الثالث: يسقط حقها في الحضانة بزواجها^(٢) بأجنبي من الصغير.

(١) الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٣، ٣٨٤، المعنى ٦١٩/٧.

(٢) وقد اختلفوا في المراد بالزواج هل هو العقد أو الدخول فالحنفية والشافعية والحنابلة في وجه أن المراد به العقد فيسقط حقها في حضانة الصبي بالعقد دخل بها الزوج أم لا ، لحديث (أنت أحق به ما لم تتكحى)، والنكاح اسم للعقد وقد وجد قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك مناقبها

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم ^(١) حتى ادعى ابن المنذر الإجماع على ذلك ^(٢).

أدلتهم :

استدل الجمهور لمذهبهم هذا بأئمة من السنة والمعقول نذكر منها:

أ- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وندي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي" ^(٣) فقد جعل الحق لها إلسى أن تستزوج وحكم ما بعد للغاية مخالف لما قبلها، وذلك دليل على سقوط حقها في الحضنة بالزواج.

ب- روى عن سعيد بن المسيب قال طلق عمر أم ابنه عاصم فلقبها ومعها الصبي فنازعها وارفعها إلى أبي بكر الصديق ف قضى بعاصم

ويستحق زوجها منعها من حضنته فزال حقها كما لو دخل بها، وذهب المالكية والحنابلة في وجه إلى أنه لا يسقط حقها إلا بالدخول، إذ بالدخول تتشغل بأمر الزوج، أما قبله فلم تشغل بشئ : يراجع في ذلك منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨٣/٤، المنونة الكبرى ٥٦/٢، حاشية الشيخ عيمره على شرح المحلى مع قليوبي ٩٠/٤، المغنى ٦٢٠/٧.

(١) يراجع ما سبق من مراجع والمبسوط ٢١٠/٥، حاشية المنذرى على كنون مع حاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الأم ٩٢/٥، الحلوى ٥٠٤/١١، ٥٠٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٢٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣، ٣٨٤، البحر الرخاى ٣٨٥/٤، شرح الكنز للعيني ١٨٤/١، ١٨٥.

(٢) نقل هذا الإجماع عنه صاحب المغنى ٦١٩/٧، الشوكانى فى نيل الأوطار ٣٢٩٠٦،

الصنعانى فى سبل السلام ٢٢٧/٣، لكن فى حصول هذا الإجماع نظر لحصول الخلاف عليه؟

(٣) رواه الحاكم فى المستدرک ٢٠٧/٢، وقال صحيح الاسناد، السنن لابی دؤود، باب من أحق

بالولد ٢٩٢/٢، نصب الرأىة للزيلعى ٢٦٥/٣، السنن للبيهقى ٤/٨، ٥.

لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج^(١) وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً.

- ج- إنها لما تزوجت اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد.
- د- إن الولد يلحقه الجفاء والمثلة غالباً من زوج الأم على ما قيل إنه يطعمه نزراً - أى قليلاً - وينظر إليه شزراً - أى نظر بغض - فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها.
- هـ- إن على الولد وعصبته عار في المقام عند زوج أمه.
- المناقشة:**

ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر بما يتوافق مع مذهبه فلنذكر بعض هذه المناقشات بشئ من الإيجاز.

أولاً: مناقشة أدلة القول الثالث:

ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلي:

أ- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لا يصلح للاحتجاج لأنه صحيفة حيث إن أبوه لم يسمع من جده.

(١) رواه مالك في الموطأ في كتاب القضاء ولم ينكر فيه لفظ أو تتزوج كما ذكر أن النزاع كان بين عمر والجدة، يراجع الزرقاني على الموطأ ٤٧٢، ٧٣، ورواه عبد الرزاق برولينتين إحداهما أن النزاع كان مع الأم والأخرى مع الجدة، المصنف لعبد الرزاق ١٥٤/٧، كما يراجع المسند الكبير للبيهقي ٥/٨.

ويجب عن ذلك:

بأن روايات عمرو عن أبيه عن جده قبلها الأئمة وعملوا بها، البخارى ومسلم وابن المدينى والحميد وإسحاق وأمثالهم فلا يلتفت إلى القدح فيه، ثم إن هذا الحديث صححه الحاكم وغيره فكان حجة فى محل النزاع.

ب- أما قضاء أبى بكر فهو فعل صحابى لا حجة فيه، لأن الحجة فيما جاء عن رسول الله ﷺ، ولو كان ذلك الأمر معروفا لديهم وعندهم فيه نص لما نازع عمر زوجته فى حضنة ابنه.

ثم إن ما روى عن أبى بكر أنه قضى بالولد لأمه، فغير صالح للاحتجاج، لأن أكثر رواياته ليس فيها ما لم تتزوج فيكون فى غير محل النزاع.

ويجب بأن قضاء أبى بكر وإقرار عمر بقضائه وموافقة الصحابة عليه يصيره إجماعاً، والإجماع أحد الأدلة الشرعية، ثم إن حديث "أنت أحق به ما لم تتكحى" قد صححه غير واحد من الأئمة وتلقته الأمة بالقبول كما بينا سابقاً.

أما دعوى أن الأثر لم يرد فيه ما لم تزوج فمردود، إذ وردت هذه اللفظة فى رواية عند عبد الرزاق^(١).

(١) المصنف ١٥٤/٧.

أما قولهم إن الولد يلحقه الجفاء والمثلة فنذلك أمر نسبي إذ قد يلحقه من الجفاء والمثلة من زوجة الأب أضعاف ما يلحقه من ذلك عند زوج أمه.

ثانياً: أما القول الثاني فلا أدلة عنده على ذلك التفصيل فلا حاجة إلى التعرض له.

ثالثاً: ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلي:

أ- أما استدلالهم بآية ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ فيراد به إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى بحضانة أمه، وذلك جائز بغير خلاف، أما عند المنازعة فلا دلالة في الآية عليه فكان خارجاً عن محل النزاع.

ب- أما زواج النبي ﷺ بأم سلمة وبقاء الحضانة لها على بنتها، فإنه لم يكن من عصبتها نزاع، ومجرد البقاء مع عدم المنازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لم يبق لها قريب غيرها، ثم إنها كانت في كفالة رسول الله ﷺ وهو أفضل الخلق فلا ينزع.

ج- أما استدلالهم بقصة أنس وأنه كان في حضانة أمه وهي متروجة فرود بما رد به الأول وهو عدم المنازع، ولا يعد دليلاً على محل النزاع إلا مع طلب من تنتقل إليه الحضانة ومنزاعته، أما مع عدم طلبه فلا نزاع في أن للأُم للمتروجة أن تقوم بولدها

ولم يذكر في القصص المذكورة أنه حصل نزاع في ذلك فلا دليل فيما ذكره على دعوهم فبطل الاحتجاج به.

د- أما قصة ابنة حمزة فقد قيل أنه قضى بها لجعفر ترجيحاً لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحاً لجعفر لأنه ابن عمها، ولا شك أن الزوج إذا كان ذا رحم من الصغير فإنه لا يسقط حضانة المرأة عند الجمهور من أهل العلم.

ثم إن الحق في المتزوجة للزوج وإنما تسقط حضانتها لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته، فإذا رضى الزوج بأن تحضن من لها حق في حضانتها وأحب بقاء الطفل في حجره، لم يسقط حق المرأة من الحضانة.

ثم إن جعفر من أهل الحضانة ولا يساويه فيها إلا على ، وقد ترجح جعفر لأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى، ثم إن النكاح إنما يسقط حضانة الأم وحدها إذا كان المنازع لها الأب، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الأب، وبهذا يجمع بين قصة ابنة حمزة وحديث " أنت أحق به ما لم تتكحى".

أما قولهم - إنه لا فرق بين الربيب والربيبة إذ الضرر الذي يمكن أن يلحقه من الربيب قد يكون أشد من الضرر الذي يلحقه من الربيبة فأمر مسلم ويمكن حدوثه، لكن في تربيته عند زوج أمه مثله وعار يلحق الطفل وعصبته وذلك ضرر أشد وأعظم من الضرر الذي

يلحقه من زوجة أبيه، والقاعدة هي جواز فعل الضرر الأخف لترك الضرر الأعظم.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة وناقشنا ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا رجحان القول الثالث - وهو ما ذهب إليه الجمهور - من سقوط الحضنة المستحقة للأنثى بزواجها لقوة أدلتهم وسلامتها عما وجه إليها من اعتراضات.

لكن يستثنى من ذلك صور تبقى فيها الحضنة للأنثى رغم زواجها نذكر منها:

أ- إذا كانت المرأة متزوجة بذى رحم محرم للصبي وهذا محل اتفاق عند جمهور العلماء لم يخالف فيه إلا ابن وهب المالكي والشافعية في وجه وقد سبق بيانه.

ب- كما يرى الحنفية^(١) أن الحضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي، لأن سقوط الحضنة لنفع الضرر عن الصغير فينبغي للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه، وقد يكون له زوجة أب تؤنيه

(١) إراجع رد المحتار على الدر المختار ٦٣٩/٢، ٦٤٠.

أضعاف ما يؤذيه زوج أمه فإذا علم المفتي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد.

ج- أن يعلم من له الحضانة بعد الأم بزواجها ويسكت مع علمه بأن الزواج يسقط لحقها، فإن كان سكوتها بلا عذر العام ونحوه فلا يسقط حقها في الحضانة، فإذا علم بزواجها ولم يطالب بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأن سكوتها دليلاً على ترك حقها في الحضانة^(١).

د- أن يكون زواجها في زمن الرضاع ولم يقبل الصبي غيرها، أو قبل غيرها وأبت أن ترضعه عند من انتقلت إليه الحضانة بعد تزويج أمه فلا تسقط حضانة الأم بالزواج^(٢)، لأن كونه في رضاع أمه وإن كانت ذات زوج لرفق به من أجنبية يسلم إليها، لا سيما إن كانت هي الأخرى ذات زوج.

هـ- أن لا يكون للولد قرابة غيرها لا من الرجال ولا من النساء، أو كلن ولم يطلبها فلا تسقط حضانتها بالزواج اتفاقاً لعدم المنازع لها حينئذ كما في قصة زينب بنت أم سلمة وكما في قصة انس بن مالك رضي الله عنهم أجمعين.

(١) المصطفى والشرح الكبير ٥٢٩/٢، ٥٣٠، التاج والاكليد ٢١٧/٤.

(٢) المصادر السابقة .

المطلب الثالث

عود الحضانة للمرأة

إذا قلنا برأى الجمهور - وهو سقوط حق الأنثى في الحضانة بزواجها بغير ذى رحم محرم من الصغير فهل يعود حقها في الحضانة بالطلاق^(١) أو فسخ النكاح الفاسد أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك وحاصل خلافهم يتمثل في الآتي:

أ- ذهب المالكية والأوزاعي^(٢) إلى أن حقها في الحضانة لا يعود بالطلاق، وسواء أكان طلاقاً بائناً أم رجعي^(٣).

قال مالك: أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضاً ثانية ليس هذا بشئ، إذا أسلمته مرة فلا حق لها فيه.

(١) احترز بالطلاق عن الظهار والإيلاء لأنهما لا ينهيان النكاح فلا يعود حقها في الحضانة بهما: للحاوي ١١/٥١٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢/٣٥٦، التلخيص الكبير ٢/٥٣٢، المحلى ١٠/٣٢٩.

(٣) هذا إذا كان من له الحق في الحضانة - الأب أو الأولياء قد انتزعه منها، أما إن علم بتزويجها ولم يقم بأخذ الولد حتى طلقت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأنه يعد بذلك تركاً لحقه، للتاج والإكليل ٤/٢١٧.

ودليل ذلك

١- أن النبي ﷺ جعل لها الحق في الحضانة ما لم تتكح بقوله: "أنت أحق به ما لم تتكح" وأطلق وهذه قد نكت فسقط حقها فلا يعود بعد ذلك.

٢- قياس الحق في الحضانة على حق ولي المجنى عليه في القود، فالولي إذا أسقط حقه في القود فإنه لا يعود للمطالبة به مرة ثانية، وإن طالب به لم يستحقه، كذلك حق المرأة في الحضانة إذا سقط فإنه لا يعود.

(ب) وذهب للشافعية والحنابلة وبه قال أبو ثور والحسن بن حي وهو مذهب الزيدية^(١).

إلى أن الأنثى التي سقط حقها في الحضانة بالزواج يعود حقها فيها بالطلاق^(٢) مطلقا — أي سواء أكان الطلاق بانئا أم رجعيا.

أدلتهم:

أولاً: استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بما يلي:

أ- إن سقوط حضانتها بالزواج كسقوط حضانتها بالجنون وحضانة المجنونة تعود بالإفاقة من الجنون فكذاك تعود

(١) يراجع للحلوى الكبير ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢، تكملة المجموع ٢٢٤/٢٠، المغنى ٦٢٤/٧، ٦٢٥، الكافي لابن قدامة ٣/٢٨٤، المطى ٣٢٩/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٩، الأم ٩٢/٥.

(٢) كما يعود حقها فيها بموت الزوج وبفسخ النكاح القامد أما الظهار والايلاء فلا يعود بهما حقها في الحضانة لبقاء الزوجية، الحلوى ٥١٠/١١.

بالطلاق بعد النكاح، لأن تعلق الحكم بعلّة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة.

ب- إن حضانتها لم تبطل بالتزويج بل تأخرت بذليل انتقالها إلى أمها المدّنية بها ولو بطلت حضانتها ما انتقلت إلى من أدلى بها، وإذا ثبت عدم بطلان حضانتها بالتزويج فإنها تعود بزوال النكاح.

ثانياً:

استدلوا على عدم الفرق بين الطلاق البائن والرجعي في عود الحضانة بما يلي:

- أ- إن الرجعية محرمة على الزوج بهذا الطلاق كالبائن.
- ب- إن الرجعية لما ملكت نفسها بالطلاق قبل الرجعة صارت كالخلية عن الزوج في استحقاق الحضانة، كما صارت مثلها في جواز التصرف، فإن راجعها في عدتها سقطت حضانتها برجعته، وقبل أن يراجعها تبقى على حقها في الحضانة.
- ج- إن حقها سقط بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج، وبالطلاق الرجعي يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فتعود الحضانة به كما في البائن.
- د- إن الزوجية وإن كانت باقية بماله من حق الرجعة إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق له عليها قسم ولا لها به شغل كما أنه عقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها فيعود حقها في الحضانة كالبائن إذا لا فرق.

حـ - وذهب الحنفية والمزني^(١):

إلى أن حقها في الحضانة يعود بالطلاق للبائن أو موت الزوج، أما الطلاق الرجعي فلا يعود حقها في الحضانة به إلا بانقضاء العدة^(٢). وهو قول مخرج عند الحنابلة ذكره ابن قدامة^(٣).

أبنتهم:

أولاً:

استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بأن للزواج مانع من استحقاق الحضانة وقد زال بالطلاق أو موت الزوج فيزول المنع لسزوال سببه، وإذا زال المانع عاد حقها في الحضانة.

ثانياً:

كما استدلوا على التفريق بين الطلاق للبائن فيعود حقها به والطلاق الرجعي فلا يعود حقها به بأن الطلاق البائن يزيل الزوجية أما الطلاق الرجعي فلا يزيلها بل تظل الزوجية قائمة فتكون كالتى في صلب النكاح فلا حق لها في الحضانة.

(١) العناية على الهدية ٣٧٠/٤، لبحر الرائق ١٨٣/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢، الحاوى ٥١٠/١١، المهنّب ١٦٩/٢.

(٢) مقتضى هذا القول أن المطلقة طلاقاً باتناً يعود حقها في الحضانة قبل انقضاء العدة مع أنها تعتد في بيت الزوج ولعل وجه ارتفاع ولايته عليها فلا يتضرر الولد عنده، حاشية ابن عابدين ٦٤٠/٣.

(٣) المغنى ٦٢٥/٧.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإنني أميل أولاً إلى ترجيح القول بعود الحضانة بالطلاق أو موت الزوج، لأن للنكاح مانع من الحضانة وقد زال المنع بالطلاق أو موت الزوج فوجب أن تعود إلى حقها في الحضانة.

أما قول المالكية ومن وافقهم بعدم العود لحديث " أنت أحق به ما لم تتكحى" فيجاب عنه بأن النكاح إما أن يراد به العقد أو الوطء وكلاهما قد زال بالطلاق حيث لا تسمى المطلقة منكحة وعلى هذا لم يبق في الحديث حجة.

أما قياسهم حق الحضانة على حق القود فيجاب عنه بأن الأصوب هو قياس حق المطلقة على حق من سقطت حضانتها بالجنون أو بالفسق أو بغيره من الموانع إذ هو أقرب من قياسه على حق القود ومن سقطت حضانتها بالجنون ونحوه إذا زال جنونه أو فسقه يعود إلى حقه بالاتفاق فكذا من طلقت فإنها تعود إلى حقها.

أما الخلاف في الطلاق الرجعي حيث يعود لها الحق في الحضانة به عند الشافعية ومن وافقهم ولا يعود عند الحنفية ومن وافقهم فإني أرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يعود به ولكن بانقضاء العدة، لأن المانع من الحضانة هو الزوجية وهي باقية مع الطلاق الرجعي فتمنع العود.

أما قياس الشافعية المطلقة طلاقاً رجعيّاً على الخلية في استحقاق الحضانة بجامع أن كلا منهما مالكة لأمر نفسها فهو قياس مع الفارق،

لأن المطلقة طلاقاً رجعيّاً يحق لزوجها مراجعتها فلا تكون مالكة لأمر نفسها.

وأما قولهم أنه عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن فيجاب عنه بأن للنكاح قبل الدخول مزيل لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج مما يدل على أن المانع حقيقة هو قيام الزوجية لا الانشغال بالزوج كما يقولون، وإذا ثبت ذلك فإن الطلاق الرجعي لا يمنع من قيام الزوجية في فترة العدة فلا يعود إليها الحق في الحضانة لقيام النكاح وقد صح عن النبي ﷺ أنه قال: " أنت أحق به ما لم تتكحى".

والله أعلم ،، ،،

المبحث الخامس

أثر السفر في سقوط حضانة الأنثى

إذا أراد أحد الزوجين^(١) أو أولياء المحضون السفر عن مكان الحضانة إلى مكان آخر، فهل يسقط حق الأم — أو من تستحق الحضانة من النساء — في الحضانة أم لا؟

وللإجابة على ذلك لابد أولاً من التفريق بين السفر القريب والسفر البعيد، ثم التفريق ثانياً بين سفر الأب أو أحد الأولياء وبين سفر من تستحق الحضانة من النساء وذلك في جملة مطالب:

(١) إذا كانت الزوجية قائمة فمكان الحضانة هو مكان الزوجين فإذا أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره كان لزوجها أن يمنعها من الخروج وسواء في ذلك أن يكون ولدها معها أو لا يكون، لأن عليها المقام في بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدة — لقوله تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " ، البقرة ٤/٤٤، البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية للسوقى ٥٢٦/٢.

المطلب الأول

السفر القريب

إذا كانت مسافة السفر قريبة فسواء كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء، أو كان المسافر هو الأم أو من تستحق للحضانة من النساء، فإن ذلك لا يمنع حق المرأة في حضانة ولدها، وسواء كان السفر سفر نفقة أو سفر تجارة أو حج ونحو ذلك، سافرت إلى وطنها أو إلى غيره، وقع العقد به أو لا ؟ فإن كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء للمستحقين للحضانة فإن الولد يظل في حضانة الأم أو من يقوم مقامها من المستحقين للحضانة من النساء.

وإن كان المسافر هو المرأة لم تمنع من السفر ولا من أخذ المحضون معها، لأن الأب أو المستحق للحضانة غيره لا يلحقه كبير ضرر بالنقل فكان بمنزلة انتقالها إلى أطراف البلد، ولأن قرب المسافة كالإقامة في انتفاء أحكام السفر ويجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت أطرافه حيث لا يمنع التنقل فيه من استحقاق الحضانة فكذا هذا، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء^(١).

(١) البدقعي ٤/٤٥، الفناج والإكليل ٤/٢١٧، ٢١٨، الحلوى ١١/٥٠٤، المدونة ٣/٣٥٨، المغني

٧/٦١٨، للكني ٣/٣٨٧، منحة الخلق ٤/١٨٧.

غير أنهم اختلفوا في حد القرب والبعد:

فمنهم من حد القرب بأنه الذى يقدر فيه الأب على أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، أو بحيث يراهم ويرونه كل يوم^(١) لأن البعد الذى يمنعه من رؤيتهم يمنعه من تأديبهم وتعليمهم، ومنهم من يحدّه بستة برد^(٢) ومنهم من يحدّه بالبريد فما زاد عليه فهو فى حد البعد أو هو بحيث يبلغ الأولياء خبر المحضون^(٣)، ومنهم من يحد القريب بمسافة القصر.

فإن كانت المسافة لا تقصر فى مثلها الصلاة لا تمنع المرأة من السفر به ولا يسقط حقها فى حضنته كما لا يسقط حقها إذا كان المسافر لهذه المسافة هو الأب أو من له الحضنة من الأولياء^(٤).

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة فى المذهب، يراجع البدائع ٤/٤٥، المغنى ٧/٦١٨، البحر الرائق ٤/١٨٧.

(٢) البريد هو المسافة * وهو أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال والميل ستة آلاف ذراع وقيل أربعة آلاف وقيل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، وقيل البريد فرسخان فعلى الأول يكون اثنان وعشرون كيلو متر وعلى الثانى أحد عشر كيلو متر. المقادير الشرعية للكردى ص ٢٨٦، للمعجم الكبير حرف الباء ص ٢١٠.

(٣) ينقل هذين القولين عن المالكية. يراجع التاج والإكليل ٤/٢١٨، المدونة ٢/٣٥٨.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية وهو قول القاضى من الحنابلة وبعض المالكية. يراجع - الحاوى ١١/٥٠٤، المغنى ٧/٦١٨، الكافى ٣/٣٨٧، التاج والإكليل ٤/٢١٧، تكملة المجموع ٢٠/٢٤٠.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء في تحديد للفرق بين المسافة البعيدة والقريبة نجد أن مرجع هذه الأقوال هو الاجتهاد إذ ليس في ذلك شيء يرجع إليه في الكتاب والسنة وإنما هو الاجتهاد فقط.

وعلى هذا فالمعتبر في ذلك هو نفي الضرر عن الأم - أو من تستحق للحضنة غيرها - وكذلك نفي الضرر عن الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضنة غيره لقوله تعالى : ﴿ لا تضر والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾ ^(١) غير أنني أرى أن أقربها وأولاها بالقبول هو ما ذهب إليه الحنفية، لأن الأب إذا قدر على زيارة ولده ثم يعود في نفس اليوم فليس هناك ضرر يلحق به وإذا تفنق الضرر لم يمنع أحدهما من السفر بالمحضنون.

(١) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

المطلب الثاني

المسافة البعيدة

إذا كانت المسافة بعيدة، سواء قلنا بأنها ستة برد أو مسافة القصر، أو غير ذلك فإما أن يكون المسافر بالمحضون هو الأب أو أحد الأولياء، وإما أن يكون الأم أو من يستحق الحضنة من النساء غيرها، وإما أن يسافرا جميعا إلى بلد واحد أو لا؟

سفر الأب :

إذا كان من يريد السفر هو الأب فقد اختلف الفقهاء ففى سقوط حضنة الأم أو من يستحق الحضنة من النساء على قولين:-
القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والظاهرية^(٢).

أ- إلى عدم سقوط حضنة المرأة بذلك - سواء كان سفره سفر نقلة أو سفر تجارة ونحوه وسواء كان المسافر هو الأب أو غيره من الأولياء، وعلى هذا فإن الولد يظل فى حضنة المرأة ولا ينزع منها^(٣).
ودليلهم على ذلك:-

ب- أن الأم - ومن فى حكمها من النساء - أحق بالحضنة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فى ذلك من إبطال حقها.

(١) البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٤/١٨٧.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٢٥.

(٣) هذا إذا كانت حضنة الأم باقية، أما إذا منع منها مَنع كزواجها مثلا فإن له السفر به لأن المنع كان للأضرار بها بإبطال حقها فى الحضنة، فإذا بطل حقها زال المانع من السفر - البحر الرائق ٤/١٨٨.

ج- أن الأب لو كان مقيماً لما كان له نزع الولد من يدها ففى حال سفره من باب أولى.

د - إنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيل الأب فهو شرع باطل ممن قال به وسوء نظر للصغير وإضرار به فى تكليفه الحل والترحال والإزالة عن الأم أو من يقوم مقامها وهو ظلم لا خفاء فيه.

القول الثالث:- وهو للمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

حيث ذهبوا إلى التفريق بين سفر النقلة، وسفر الحاجة، فإن كان سفره لحاجة إذا نجزت عاد.

فالمقيم منهما أحق بحضانة الولد، سواء كان المقيم هو الأم أو الأب^(٢).

ونذلك لأن المقام أودع والسفر أخطر، كما أنه لا حظ للولد فى حمله ورده ولأن ما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع ولا شك أن السفر فيه إضرار به فكان ممنوعاً من السفر به.

أما إن كان سفره نقلة بحيث كان خروجه من البلد إلى بلد آخر بهدف الاستيطان والسكنى فى البلد الآخر، والمسافة بين البلدين بعيدة.

(١) المدونة الكبرى ٣٥٨/٢، المبنى على كنون ٢٦٤/٤، المذهب ١٧٢/٢، الحاوى ٥٠٤/١١، تكملة المجموع ٢٣٩/٢٠، المغنى ٦١٨/٧، الكفى لابن قدامة ٢٨٧/٣.

(٢) يلاحظ أن غير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها عند غير الحنفية وأن غير الأب من أولياء الولد يقوم مقامه عند عظمها أو كونها من غير أهل الحضانة فى جميع الأحكام اتفاقاً، يراجع منحة الخالق والبحر ١٨٧/٤، المدونة ٣٥٨/٢، الحاوى ٥٢٣/١١، المغنى ٦١٩/٧.

ففي هذه الحالة يكون الأب أحق بحضنة الولد، فيسقط حق المرأة في الحضنة، وينتزع منها الولد ويدفع إلى أبيه^(١) إن كان معه في كفالة سواء كان الولد فطيميا أو رضيعا^(٢).

وذلك : لأن حفظ نسبه الذي لا يقدر على اكتسابه أولى بالتقديم والاعتبار مما يقدر على اكتسابه من العلوم والأدب، والأب في العادة هو الذي يقوم بالتأديب وحفظ النسب فإذا لم يكن في بلده ضاع، ولأن في الكون مع الأم حضنة ومع الأب حفظ النسب والتأديب وفي الحضنة يقوم غير الأم مقامها وفي حفظ النسب لا يقوم غير الأب مقامه فكان أحق بالحضنة منها.

(١) هذا الحكم عندهم مشروط بأن يكون الطريق أمنا والبلد المنقل إليه أمنا، وإلا كان المقيم — وهو الأم — أو من يستحق الحضنة من النساء بعدها — أحق بحضنة الولد لأن في السفر به في هذه الحالة خطر وضرر به، تكملة المجموع ٢٤٠/٢٠، التاج والإكليل ٢١٨/٤، المهذب ١٧٢/٢، الكافي ٣٨٧/٣، المغني ٦١٨/٧.

(٢) وبهذا قال الشافعية والمالكية في المذهب وقال ابن القاسم إذا انتقل لا يأخذ ولده إلا أن يكون فطيميا وقال أيضا يأخذه إن كان رضيعا إذا كان يقبل غير أمه كما شرط المالكية أن لا ينتقل به الأب إلى البادية ويراد بهم أهل العمود إذ لا قرار لهم ولا يعلم أنه أراد الضرر بالأم، يراجع حاشية المعنى على كنون ٢٦٤/٤، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوي للكبير ٥٢٣/١١، حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ٩٢/٤.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما أمكن الاستدلال به لكل قول أجدني أميل إلى قول الحنفية والظاهرية القائلين بعدم إبطال حق الأم أو من يقوم مقامها من النساء عند عدمها - بسفر الأب ولو كان سفره للنقلة واستيطان بلد آخر، إذ لو جاز للأب أو لغيره من الأولياء إسقاط حضانة الأم بالسفر والانتقال، لكان ذلك بابا للأولياء يلجون منه عندما يريدون إسقاط حق النساء في الحضانة لذلك وجدنا المالكية رغم قولهم بسقوط حضانة الأم بسفر الولى البعيد يشترطون عدم العلم بارادة الضرر بالأم، غير أن ذلك أمر غيبى لا يمكن الاطلاع عليه إذ مرجع ذلك هو نية الأب أو غيره من الأولياء والنيات لا يعلمها إلا الله.

ثم إن أصحاب القول الثانى لم يسقطوا حق الأم فى الحضانة إذا كان السفر قريبا والمسافة التى ذكروها للتفريق بين البعد والقرب رغم اختلافهم فيها فجميعها لا يعد مسافة بعيدة اليوم إذ هذه المسافة وأضعافها يمكن قطعها فى هذه الأيام فى وقت قليل.

ثم إن حق الأم فى الحضانة ثابت بالسنة الصحيحة وهى حديث " أنت أحق به ما لم تتكحى ".

فلا يسقط هذا الحق الثابت بالسنة الصحيحة بأمر محتمل وهو حق الأب فى حفظ نسب الولد وتأديبه، فالأم يمكنها أن تقوم بتأديبه وتعليمه كما أنها مؤتمنة على نسبة فلا ينزع منها بسفر الأب أو الأولياء.

عود الحضنة بالعود من السفر:

إذا عاد الأب من سفر للنقلة بالولد إلى محله رجع حق الأم في حضنته لزوال المانع^(١).

٢- سفر المرأة :

إذا سافرت الأم أو من يقوم مقامها ممن لهم الحق في الحضنة من النساء عند موتها أو سقوط حضانتها، فهل تظل على حقها في الحضنة أم يسقط ذلك الحق وينزع الولد منها ويدفع إلى من يستحق الحضنة بعدها؟

وللإجابة على ذلك نقول :

إذا كانت المرأة منقضية العدة فلها أن تسافر وتنتقل من بلد إلى آخر وليس للزوج أن يمنعها من ذلك إذ بانقضاء العدة لا سبيل له عليه ولا خلاف في ذلك.

لكن الفقهاء اختلفوا في سقوط حضانتها بالسفر على ثلاثة

أقوال :

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢):

إلى أن سفر المرأة على أقسام فإما أن يكون سفرها إلى مصر وأما أن يكون إلى قرية.

الأول: إن كان سفرها إلى مصر فذلك على أوجه:-

(١) يراجع مواهب الجليل ٢١٨/٤، قليوبي على شرح المحلى ٩٢/٤، المغني ٦١٩/٧.

(٢) البدائع ٤٤/٤، ٤٥، لبحر الرائق ومعه منحة الخالق ١٨٦/٤، ١٨٧، العناية وفتح القدير

على الهداية ٣٧٥/٤، وما بعدها.

- ١- أن تخرج إلى بلدها وقد وقع للنكاح فيه فلها ذلك ولا تسقط حضانتها، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق إلا أنه عند قيام النكاح يلزمها اتباع الزوج، فإذا زال فقد زال المانع.
- ٢- أن يقع النكاح في غير بلدها ففي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال بولدها إلى بلدها، فإن انتقلت سقطت حضانتها لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.
- ٣- أن تنتقل إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك^(١)، لأن ذلك ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

(١) ويرى أبو يوسف أن لها ذلك، لأن العبرة بمكان العقد فقط وإليه ذهب الطحاوي والخصاف، البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ٤/١٨٦.

الثاني: أن تسافر به إلى قرية:

إن كان الأب متوطنا في مصر فأرادت نقل الولد إلى القرية فذلك على وجوه:-

١- إن كان قد تزوجها فيها وهي قرينتها كان لها ذلك، كما في المصبر وقد سبق دليله.

٢- وإن لم تكن قرينتها وكانت قرية زوجها ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك.

٣- وإن لم يقع فيها أصل النكاح فليس لها ذلك، لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصبر بل تكون أجفى فيخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل للرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح في القرية.

مما سبق يتبين لنا أن الحنفية يجيزون لها السفر ولا يسقطون حضانتها إذا كان انتقالها إلى مصر هو بلدها وقد وقع النكاح فيه.

كما يجيزون لها ذلك إذا كان انتقالها إلى قرية هي قرينتها أو قرية زوجها ما دام قد وقع عقد النكاح فيها ولا يجيزون لها السفر فسي غير ذلك فإن سافرت سقطت حضانتها^(١).

(١) هذا عندهم خاص بالألم فقله فلو ملكت الأم وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل إلى مصرها بالولد لأنه لم يكن بينهما عقد، لأن العقد على الزوجة في وطنها دليل للرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدة، وغير الجدة كالجدة في هذا. البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية ابن عابدين ٦٤٣/٢.

القول الثاني: وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة^(١).

أن سفر الأم البعيد يسقط حقها في الحضانة، فإذا عزمست على سفر بعيد سواء كان سفر نقلة أو سفر حاجة^(٢)، فإنه يسقط حقها في الحضانة فينزع الولد منها وتنتقل حضانتها إلى مستحق الحضانة بعدها، وسواء كان انتقالها إلى بلدها أو بلده وسواء كان الطريق مخوفاً^(٣) أو كان آمناً، لأن حفظ نسب الولد مختص بأبيه دون أمه وهو أولى بمصالحه لثبوت التوارث به.

القول الثالث: وذهب إليه الزيدية^(٤).

إن للأم أن تنقله إلى مقرها أينما كان لأن حقها في حضانتها ثبت نصاً بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكح " فلا يبطل بسفر ولا غيره إلا بنص، ولم يوجد فبقى حقها في الحضانة وإن انتقلت به إلى بلد آخر سيما إذا كان عليها ضرر في بقائها في غير مقرها.

(١) المدونة ٣٥٨/٢، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحلوى ٥٢٣/١١، قليوبي وعميرة ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٣٤.

(٢) سبق أن ذكرنا أن سفر الحاجة يجعل المقيم منهما أحق بالحضانة من الممسافر، فإذا كانت المسافرة هي الأم كما في هذه المسألة فالأب أو من يستحق الحضانة بعده من الأولياء أحق بحضانة الولد . يراجع صـ.

(٣) فإذا كان الطريق مخوفاً أو البلد الذي تسافر إليه مخوفاً فذلك أدعى أن ينزع منها الولد، لأن في السفر به خطراً به فإذا منع الأب من السفر به لخوف الطريق منعت الأم من باب أولى.

(٤) السيل الجرار ٤٤٠/٢، ٤٤٢، البحر الزخار ٣٨٥/٤.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الأقوال وما يمكن أن يستدل به لكل منها فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الزيدية من أن لها أن تنقله إلى مقرها أينما كان لا فرق بين أن تنقله إلى بلد أو إلى قرية، أن يكون حدث فيه عقد النكاح أو لم يحدث، ولا ينزع منها الطفل ولا تسقط حضانتها بالسفر والانتقال، لأن حقها في الحضنة ثابت بالنص فلا يسقط إلا بنص، ولم يأت نص يفيد سقوط حقها في الحضنة بالسفر فبطل القول به.

ثم إن في بقائها في غير مقرها ضرر بها ورفع الضرر عنها واجب لحديث " لا ضرر ولا ضرار" (١).

ولا يرفع عنها الضرر إلا بإباحة السفر لها مع ولدها، وفي نزع الولد منها أشد الضرر، وهو مدفوع، ثم إن الحواضن الأجنبية في عهد النبي ﷺ وعهد الصحابة كن ينقلن الأطفال المدفوعين إليهن للرضاع إلى مساكنهن وفي قومهن، ومن جملة من وقع له ذلك رسول الله ﷺ حيث نقلته حليلة عندما استرضعت له إلى دار قومها، وإذا جاز ذلك للأجنبيات مع عدم ثبوت الحق لهن فكيف لا يجوز للأمهات ومن يلتحق بهن مع ثبوت الحق لهن؟

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ رقم ١٥٠٠ وابن حجر في بلوغ المرام بشرح الصنعاني ،

٣- سفرهما جميعا:

إذا سافرت الأم والأب بالمحضون فيما أن تكون وجهتهما واحدة أو أن تكون مختلفة.

أ- إن كانت وجهتهما واحدة بأن سافروا جميعا إلى بلد واحد وفي طريق واحد فإن الأم تظل على حقها في حضانة الطفل ولا ينزع منها، لثبوت حقها فيها بالنص، ولأن المانع من السفر عند من يقولون تمنع من نقله معها هو تعرض الطفل لخطر السفر، وما يلحقه فيه من ضرر ثابت لدى الطرفين فكانت الأم أولى بحضانتها بمالها من حق ثابت فيها.

ب- أما إن كانت وجهتهما مختلفة طريقا ومقصدا فالأم أيضا أولى بحضانتها من الأب^(١)، لوجود السفر من كل منهما فليس أحدهما بأولى من الآخر، ولكن لما كان حقها في الحضانة ثابتا نصا فإنها تكون أولى بالولد لذلك، ما لم يكن طريقها غير مأمون أو فيه إضاعة للولد فيقدم الأب عليها لرفع الضرر الذي يمكن أن يلحق الولد.

(١) حاشية المدنى على كنون ٢٦٤/٤، قايوي على شرح المحلى على منهاج الطالبين ٩٢/٤،

المعنى ٦١٨/٧، ٦١٩. الكافى ٣٨٣/٣.

المطلب الثالث

عود الحضانة بالعود من السفر

إذا قلنا برأى المالكية والشافعية والحنابلة بسقوط حق الأم في الحضانة لسفرها أو لسفر الأب البعيد، أو بقول الحنفية "بسقوط حقها إذا كان السفر إلى بلد غير بلدها أو غير البلد الذي تم فيه عقد النكاح، أو لسفرها من المصر إلى القرية فهل يعود حقها في حضانة الولد؟
اختلف الفقهاء في ذلك:
ف عند المالكية^(١):

إن كان سفرها اختياراً لم يعد إليها حق الحضانة لرضاها بإسقاطها.

أما إن كان سفرها اضطراراً فمتى عادت عاد حقها في الحضانة لأن السفر في هذه الحالة لا يدل على رضاها بسقوط الحضانة.
أما الجمهور^(٢) ممن يقولون بسقوط الحضانة بالسفر فإنهم يقولون يعودها من السفر أو يعود الأب بالولد يعود إليها حقها في حضانتها لزوال المانع.

(١) مواهب الجليل ٢١٨/٤، حاشية المنذرى على كتون ٢٦٨/٤.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المحلى ٩٢/٤، المنذرى ٦١٩/٧، تكملة المجموع للمطيعي

المطلب الرابع

الاختلاف في نوع السفر

سبق أن ذكرنا أن المالكية والشافعية والحنابلة يفرقون بين سفر النقلة فيسقطون به حق الأم في الحضنة وسفر الحاجة فلا يسقطون حقها به إذا كان المسافر هو الأب فما الحكم إذا اختلفا في نوع السفر فقالت الأم يسافر لحاجة فأنا أحق بالولد، وقال الأب أسافر نقلة فأنا أحق بالولد؟ يرى البعض^(١) أن القول للأب بلا يمين لأنه أعرف بنيته، ويرى البعض^(٢) التفريق بين المأمون وغيره فإن كان الأب مأمونا قبل قوله بلا يمين، وإن كان متهما قبل قوله بيمين، فإن رد عليها اليمين حلفت وأمسكت للولد.

(١) ذهب إلى ذلك المالكية في المذهب والشافعية، يراجع التاج والإكلیل ٢١٧/٤، قليوبي

٩٢/٤، الحلوى ٥٢٣/١١.

(٢) ذهب إلى ذلك بعض المالكية، يراجع التاج ٢١٧/٤.

الفصل الثاني

المستحقين للحضنة

إذا افترق الزوجان بالموت أو بالطلاق وبينهما ولد وتنازع أقربائه في حضنته فلا يخلوا حالهم من ثلاث:

١- أن يكونوا نساء فقط.

٢- أن يكونوا رجالا فقط.

٣- أن يكونوا رجالا ونساء.

ولكل واحد من هذه الثلاثة ما يخصه من أحكام لذا فإننا سنبين هذه الأحكام في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

انفراد النساء بالحضنة

إذا اجتمع أقرباء المحضون وكن نساء فقط لا رجل معهن وهن نوات رحم محرم^(١) منه وهن يصلحن لحضنته فمن أولاهن بها، وما هي غاية حضنة النساء، هذا ما سنبينه في هذين المطلبين

المطلب الأول

مراتبهن في الحضنة

إذا اجتمع النساء وتنازعن في حضنة صبي فأولاهن بها هي الأم لا يقدم عليها أحد، على هذا أجمع أهل العلم^(٢).
ودليل ذلك ما يلي:

أ- روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله إن أبنائي هذا كان بطني له وعاء وثدي لسه سقاء

(١) لما إن كن نوات رحم غير محرم كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة فلا حضنة لهن، وكذلك إن كن محرمات لكنهن لمن من نوات الرحم كالمحرمات بالمصاهرة أو الرضاع إذ مبنى الحضنة على الشقة والرحم المحرم هي المختصة بالشقة. البدائع ٤١/٤، ابن عابدين ٦٣٣/٢، الفواكه الدواني ١٠٢/٢، المنى على كتون ٢٤٩/٤.

(٢) حكى هذا الإجماع الشوكاني وابن رشد يراجع، المصادر السابقة، المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهوني ٣٥٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، التكملة الثانية للمجموع ٢٢٦/٢٠، المغنى ٦١٣/٧، المحلى ٣٢٢/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، نيل الأوطار ٣٢٩/٦، شرح الكنز وحاشية الطائي ١٨٤/١، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣، فتح القدير ٣٦٧/٤.

وحجرى له حواء^(١) وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال
رسول الله ﷺ " أنت أحق به ما لم تتكحى"^(٢).

دل الحديث على أن الأم أحق بالحضنة، ولو كان المنازع لها هو
الأب، حيث قدم حقها على حقها وإذا قدم حقها على حق الأب فإنها تقدم
على من دونه من النساء والرجال.

ب- روى عن سعيد بن المسيب أن عمر طلق أم عاصم ثم أتى
عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذها منها فتجانباه بينهما حتى بكى
الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له أبو بكر يا عمر مسحها وريحها خسير
له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه^(٣).

فهذا أبو بكر يقضى على عمر بأحقية الأم في حضنة ولدها
والصحابة يومئذ كثير ولم يوجد منهم من أنكر على أبي بكر، ولم يخالف
عمر أيضا فكان ذلك إجماعا منهم على تقديم الأم في الحضنة على
غيرها.

٣- إن الأم أقرب إلى الولد وعليه أشفق وهي بتربيته أخبر وعلى
التشاغل به أصبر فكانت أولى به من غيرها.

(١) الوعاء بفتح اللو، والمد قد يضم الظرف، والحواء بكسر الحاء والمد اسم لكل شيء يحوى
غيره أى يجمعه والمساء بكسر السين ما يسقى منه، أى يسقى منه اللبن، النظم للمستعذب
١٦٩/٢، مختار الصحاح ص ٧٢٩، نيل الأوطار ٢/٣٢٩.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

٢- الجدات من جهة الأم:

إذا عمت الأم أو كانت من غير أهل الحضانة فقد ذهب الجمهور من أهل العلم^(١) إلى أن الحق في حضانة الطفل بعدها ينتقل إلى أمهاتها - جدات المحضون لأمه^(٢)، وإن علون - تقدم منهن الأقرب فالأقرب بشرط أن يكن من أهل الحضانة^(٣).

فإذا كانت أم الأم - جدة المحضون - من أهل الحضانة قدمت على غيرها، أما إن كانت غير أهل لها انتقل الحق إلى من يليها لأن البعيدة لاحق لها إلا عند عدم أهلية القريبة.

وعلى هذا فتقدم الجدة التي من جهة الأم على الجدة التي من جهة الأب ولا خلاف في هذا إلا رواية عن الإمام أحمد^(٤) حيث قال بتقديم

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب والظاهرية والزيديّة، يراجع البدائع ٤١/٤، المبسوط ٢١٠/٥، حاشية الدسوقي ٥٢٧/٢، الفواكه الدواني ١٠٢/٢، الحاوي الكبير ٥١٢/١١، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافي لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤، الهدية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

(٢) يرى الحنفية والشافعية أن الجدات من قبل أبي الأم يتأخرن أولاً حق لهن في الحضانة لضيف قرابتهن ولا دلائل بنكر، أما الحنابلة فلا فرق بين أن تنلى بنكر أو بأنثى، المهم أن تكون جدة للمحضون من قبل أمه وكذلك قال المالكية لكن إن اجتمعا قدمت أم أمها على أم أبيها، المصادر السابقة.

(٣) سبق أن بينا شروط استحقاق الحضانة تفصيلاً، غير أن الحنفية والمالكية يسقطون حضانة الجدة إن سكنت مع الأم التي سقطت حضانتها بالزواج أو غيره في منزل واحد فيشترط لاستحقاق الجدة الحضانة عندهم - أن تنفرد بالسكنى عن الأم التي سقطت حضانتها، يراجع البحر الرائق ١٨٣/٤، حاشية الرهوني ٢٥١/٤، حاشية الدسوقي ٥٢٧/٢.

(٤) للمغني ٦٢١/٧، الكافي لابن قدامة ٣٨١/٣.

الجدات من قبل الأب عليهن، إذ إنهن يدلين بعصبة مع مساوتهن للجدات من قبل الأم في الولادة فكان أولى بالتقديم.

أما دليل الجمهور على تقديم الجدات من جهة الأم مطلقاً فهو أن الحضانة ولاية وهي مستفادة من قبل الأم فكل من يدل بقرابة الأم يكون أولى بها، ثم إن الجدة من جهة الأم تشارك الأم في الولادة، وهي أكثر شفقة على ولد ابنتها من غيرها فقدمت في استحقاق الحضانة لذلك.

وأما دليلهم على تقديمهن على الجدات من جهة الأب فهو:

أ- أن الولادة فيهن متحققة وفي أمهات الأب لأجل الأب مظنونة.

ب- أنهن أقوى ميراثاً من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم.

ج- أنها تنلى بالأم - وهي مقدمة على الأب، فوجب تقديمها كتقديم الأم على الأب.

ويرى الشوكاني^(١) أن للخالة تقدم على أم الأم مستنداً بحديث

(الخالة أم) فقد جعل الخالة في الحضانة بمنزلة الأم وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها من أمهات الأم ولأن رسول الله ﷺ قاله عند وقوع الخصام في الحضانة فدل على أن الخالة مقدمة على غيرها من النساء إذ هي بمنزلة الأم.

(١) المسيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا خلاف الشوكاني لجمهور أهل العلم حيث قدم الخالة على الجدات من قبل الأم مطلقا بحديث (الخالة أم - وفي رواية فإن الخالة والدة) فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدة التي من جهة الأم على الخالة لأن الجدة - أم الأم - أقرب إلى المحضون من الخالة، فقدمت عليها، وأما حديث الخالة أم فيحتمل أن يكون المراد به أنها أم، أو كالأم عند عدم وجود أم الأم أو عدم وجود المنازع لها في الحضنة، ودليل ذلك أن أكثر الروايات التي ورد فيها هذا التشبيه جاءت في قصة ابنة حمزة وتتنازع على وجعفر وزيد فيها مما يدل على أن الجدة للكم كانت معدومة.

أو يقال أن هذا التشبيه غير مراد الظاهر، لأن ظاهر الحديث يوحى بأن الخالة أولى من الأب ومن أم الأم، لأن الأم أولى منهما، لكن قيل أن الأب أقدم من الخالة بالإجماع^(١) وإذا ترك العمل بظاهر الحديث في حق الأب ترك العمل بظاهره في حق أم الأم.

كما أنني أميل إلى ترجيح رأي الجمهور بتقديم الجدات من قبل الأم على الجدات من قبل الأب لما ذكروه من أدلة، ولأنهن يقمن مقام الأم في ذلك لمشاركتهم للكم في الولادة، ولما كانت الأم مقدمة في الحضنة على الأب كان من يئلى بها مقدم على من يئلى بالأب.

(١) حكى هذا الإجماع الصنعاني في سبل السلام ٢٢٩/٣، كما ذكره الشوكاني في نيل الأوطار ٣٢٨/٦، لكنه نزع في حديثه وحكى الخلاف في ذلك عن الاصطخري الشافعي.

ولأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لجدته أم أمه^(١) وقد كان المنازع لها هو عمر بن الخطاب وهو أب الصبي وكان ذلك في محضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، وإذا قضى به للجدّة من جهة الأم والمنازع لها هو الأب فأولى أن يقضى لها بحضنة الطفل عند منازعة غيره.

٣- الجدات من جهة الأب :

إذا عدمت الجدات من جهة الأم أو كن من غير أهل للحضنة فمن يقدم بعدهن من النساء في حضنة الطفل؟ الجدات من جهة الأب أو الخالات أو الأخوات؟ وللإجابة على ذلك نقول اختلف الفقهاء فيمن يقدم من النساء في حضنة الطفل وحاصل خلافتهم كالآتي:-

أ- ذهب المالكية والزيديّة^(٢) إلى تقديم الخالات سواء كن شقيقات أو لأم أو لأب^(٣) على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات^(٤).

(١) روى مالك عن قاسم بن محمد قال كان عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم إنه فارقها فجاء عمر فباه فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعنقه فوضعه بين يديه على الدابة فلأركته جدة الغلام فنارعتة إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر لبني وقالت للمرأة ابني فقال أبو بكر خل بينها وبينها قال فما راجعه عمر. الموطأ بشرح الزرقاني ٧٢/٢، ٧٣، نصب الرأية ٢٦٦/٣، ٢٦٧.

(٢) يرجع للمدونة الكبرى ٣٥٨/٢، لقولك الدواني ١٠٢/٢، السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٣) ويراد بهن خالات المحضون - أخوات أمه - وعند عدمنهم يقوم مقامهن خالات أم المحضون، وتقدم الشقيقة على التي للأم وتقدم التي للأم على التي للأب، المصادر السابقة.

(٤) وعند عدم الخالات تقدم الجدات من جهة الأب على الأخوات.

وقد ذهب إلى تقديم الخالات على الجدات من جهة الأب الشافعي في القديم وأحمد في روية وهو قول زفر من الحنفية^(١).

واستلوا لتقديم الخالات على الجدات من جهة الأب بما يلي:

١- روى عن النبي ﷺ أنه قضى بينت حمزة لخالتها وقال " إنما الخالة أم " ^(٢) فقد دل الحديث على أن الخالة أم أو بمنزلة الأم، فتقدم على غيرها ممن تقدم عليهن الأم ولا شك أن الأم تقدم على الجدات فقدمت الخالة عليهن.

وقد بالغ قوم في العمل بهذا التشبيه حتى إن الشوكاني^(٣) جعل الخالة مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبي والاستهام عليه.

٢- إن الخالة تنلى بالأم، والجدّة من جهة الأب تنلى بالأب، والأم مقدّمة في الحضانة على الأب فكذلك يقدم من يدلى بها على من يدلى به. وكذلك الأخت الشقيقة أو لأم تنلى بقرابة الأم واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم فقد من على الجدات من جهة الأب.

ب - وذهب الحنفية والشافعية في الجديد والحنابلة في المذهب^(٤) إلى تقديم الجدات من جهة الأب على الخالة وعلى الأخوات.

(١) إلا أنهم يقومون الأخوات على الخالات كما سيأتي فتكون الجدات من جهة الأب بعد الأخوات وبعد الخالات، يراجع المذهب ١٦٩/٢، المعنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) السيل الجرار ٤٣٨/٢.

(٤) البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوي ٥١٣/١١، ٥١٤، المعنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥، الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

وعلى هذا فإن حضانة الطفل عند عدم الجدات لأم، لجنته من جهة أبيه — أم الأب — ثم لأمهاتها وإن علون، ثم تنتقل إلى أم الجد ثم أمهاتها وإن علون^(١).

وقد استدلوا لذلك بما يلي:

- ١- إن أم الأب جدة وارثة — إذ يثبت ميراثها مع الأبناء والخالة لا ميراث لها فقامت الجدة عليها.
- ٢- إن أم الأب لها ولادة وورثة فأشبهت الجدة لأم وهي مقدمة على الخالة فكذا هذه.
- ٣- إنها أشفق على المحضون منهن باعتبار الولاد فقامت عليهن.
- ٤- إن الجدة أم في نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها في الحضنة.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح القول الثاني القائل بتقديم الجدات من جهة الأب على الخالات وعلى الأخوات لما استدلوا به ولما يلي:-

- ١- الحديث الذي استدل به للفريق الأول لا يفيد مدعاهم لأنه يدل على أن للخالة حقا في الجملة وليس للنزاع فيه إنما للنزاع في الترجيح عند الاجتماع وبيان ذلك.

(١) وإنما قامت أم الأب لمباشرتها لولادته ثم تقدم أمهاتها وإن علون، على أم الجد لتقديم الأب على الجد فكان المملى بالأب أحق من المملى بالجد — الحواشي ٥١٣/١١.

أن قوله ﷺ الخالة أم يحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق بالولد من كل من سواها، ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بكونها أحق من أحد بخصوصه أصلاً ممن له حق في الحضانة، فإذا لم يدل الحديث على أنها أحق من غيرها كان دالاً على أن لها حق في الحضانة كغيرها فلم يثبت به مدعاهم.

٢- أما قولهم إن الخالة تتلى بالأم فيجاب عنه بأنه لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوارثة.

٣- الأخوات:

إذا قلنا بترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدات من جهة الأب على الأخوات والخالات، فعدمت الجدات وتنازع الخالات والأخوات في حضانة الصبي فأيهن يقدم؟

اتفق أصحاب هذا القول على تقديم الأخت الشقيقة والأخت لأم على الخالات^(١).

وبليلهم على ذلك:

١- أن الأخوات - الشقيقات أو لأم - راضن المحضون في الرحم وشاركته في النسب.

(١) وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنها تتلى بقرابتين ، يراجع البدائع ٤/٤١، البحر

الرائق ٤/١٨٢، الحاوي ١١/٥١٤، المعنى ٧/٦٢١.

- ٢- ثم إنهن قمن على الخالات في الميراث فقد من في الحضنة.
- ٣- ولأن الخالات يبدلن إلى المحضون بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض أو عصبية فكان المنلى إلى نفس المحضون ويرثه كالأخوات أقرب وأشفق فكان أولى بالتقديم.
- وبعد أن اتفق العلماء على ذلك اختلفوا في تقديم الأخت لأب على الخالات، حيث ذهب الشافعية والحنابلة وهو رواية عن أبى حنيفة^(١) إلى تقديم الأخت لأب كالشقيقة والتي لسلام، وذلك لأن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى.

وذهب أبى حنيفة في الرواية الأخرى وهي قول محمد وزفر وبها قال ابن سريج^(٢).

إلى تقديم الخالة على الأخت لأب، لأنها تنلى إلى المحضون بالأم أما الأخت لأب فتتلى بالأب فيقدم من يدلى بالأم على من يدلى بالأب.

الترجيح:

والذى أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة في الرواية الأولى من القول بتقديم الأخت لأب على الخالة لما ذكروه من

(١) غير أن الحنفية وابن سريج والمزني يقيمون الأخت للأب على الأخت للأب لأن المنلى بالأب أحق من المنلى بالأب، والشافعية والحنابلة يقيمون الأخت للأب على الأخت لسلام إذ هي أقوى منها فهي تقوم في الميراث مقام الأخت الشقيقة إذا عمت فكذا في الحضنة، تراجع للمصادر السابقة.

(٢) للبدائع ٤/٤١، الحاوى ١١/٥١٤، المغنى ٧/٦٢١.

أدلة، ولو فور الشفقة إذ شفقة الأخت على أختها أو أخيها، ولو كانت من أبيها أكثر من شفقة الخالة على ابن أو بنت أختها، والاعتبار في التقدم في باب الحضانة هو توفر شفقة الحاضن على المحضون.

٤- الخالات:

مما سبق يتبين لنا أن بعض الفقهاء كالمالكية والزيديّة يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات، إلا أن الجمهور يجعلونهن في حضانة الصبي بعد مرتبة الجدات من جهة الأب وبعد الأخوات سواء كن شقيقات أو لأم اتفاقاً أو كن أخوات لأب كما هو الراجح.

وعلى هذا :-

فإذا عدم الأخوات أو كن غير مستحقات للحضانة لفقد أحد الشروط انتقل الحق في حضانة الطفل إلى الخالات وتقدم الخالة الشقيقة ثم التي للأب ثم التي للأم^(١).
ويقدمن على العمات اتفاقاً^(٢).

(١) وعلى قول المزني وابن سريج والحنفية تقدم التي للأم على التي للأب ، يراجع الحلوى ٥١٤/١١، المفتى ٦٢٢/٧، البدائع ٤٢/٤.

(٢) أما عند المالكية فلائهن يقدمن على الجدات من جهة الأب، وعلى الأخوات فمن باب أولسى يقدمن على العمات وأما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فلائهن وابن استوين مع العمات في الدرجة إلا أنهن يدلن إلى المحضون بالأم، وهي أولى بالحضنة من الأب فكذا من يدل بها، يراجع البدائع ٤٢/٤، النسوقي والشرح الكبير ٢٥٧/٢، الحلوى ٥١٤/١١، الكافي لابن قدامة ٣٨٢/٣.

العمات :

إذا عدم الخالات أو سقط حقهن في الحضنة انتقل الحق بعدهن إلى العمات لادلاتهن بأخوة الأب كإدلاء الخالات بأخوة الأم^(١).
فتقدم العمة للأب والأم ثم العمة للأب ثم العمة للأم ، وقيل تقدم التي للأم على التي للأب كما سبق في الخالات والأخوات.

(١) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات.

المطلب الثاني

غاية حضانة المرأة

إذا قلنا بأن للنساء^(١) حق في حضانة الطفل فهل لذلك غاية ينتهي إليها أم لا؟

وليبيان ذلك كان لابد من التفريق بين ما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى لاختلاف الحكم المترتب على ذلك عند بعض الفقهاء .
أولاً: إذا كان المحضون ذكراً:

إذا كانت الحضانة للنساء والمحضون ذكراً فقد اختلف الفقهاء في وقت انتهاء حضانتهم له على أربعة أقوال:

القول الأول:

يرى أصحابه أن الغلام إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء بأن أكل بنفسه ولبس بنفسه واستجى بنفسه فإن الأب أو من يقوم مقامه من الأولياء أولى به فينزع من الحضانة له — أما لو غيرها — ويدفع إلى الأب — أو من يقوم مقامه — من غير تخيير للغلام.

(١) هذا إذا نازعين فيها أحد ممن يستحقون الحضانة، أما عند عدم المنازعة فإن حضانتهم تستمر إلى أن يبلغ الغلام وتزوج الأنثى، خلافاً للحنفية القائلين أن الأب أو الوصي يجبر على أخذ الولد من أمه، أو من تحضنه من النساء عند استنائه لأنه أقدر على تربيته وتعليمه. يراجع حاشية ابن عابدين ٦٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

وقدر واحد الاستغناء بسبع سنين^(١) ذهب إلى ذلك الحنفية^(٢) والهادوية^(٣) ورواية عن أحمد^(٤).

وبلبلهم على ذلك ما يلي:

أ- ما روى أن أبا بكر الصديق قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه.

فقد جعل حضناته لأمه إلى أن يشب فدل على أنه بعد أن يشب لا حضنة لها، وقد كان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكان ذلك إجماعاً على سقوط حضنة الأم عند بلوغ الغلام حد الاستغناء.

ب - إن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ سبع بحديث " مروا أولادكم بالصلاة لسبع"^(٥) وذلك لا يكون إلا إذا كان الولد عند الأب.

ج - إن الغلام إذا استغنى عن أمه احتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر، مع

(١) تقديره بسبع هو عين تقديره بأن يأكل ويلبس ويستحي وحده إذ لا فرق، لأنه إذا بلغ سبع أمكنه فعل هذه الأشياء بنفسه ألا ترى إلى ما يروى عن النبي ﷺ أنه قال " مروا أولادكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا" والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، فإن اختلفا في بلوغه السبع نظر فإن كان يأكل وحده دفع إلى أبيه وإلا فلا من غير أن يحلف واحداً منهما، لأن الومين للنكول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد في كونه مع أمه قبل السبع ومع أبيه بعدها، انظر: ابن عابدين ٦٤٠/٢، البحر الرائق ١٨٤/٤.

(٢) المبسوط ٢٠٧/٥، البدائع ٤٢/٤.

(٣) سبل السلام ٢٢٨/٣.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٢/٣٤، نيل الأوطار ٣٣١/٦.

(٥) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح - السنن للترمذى ٤١٦/١، السنن لأبي داود ١٣٠/١.

أنه لو ترك في يد الأم إلى وقت البلوغ لتخلق بأخلاق للنساء وتعلم آدابهن وفي ذلك ضرر عليه، فكان الأب بحضانته أولى .

د- عموم حديث " أنت أحق به ما لم تتكحى " فهو يدل على عدم التخيير إذ لو كان الاختيار إلى للصغير ما كانت أحق به.

القول الثاني :

إن الذكر لا يخير ويترك في حضانة الأم ^(١) إلى البلوغ ^(٢)، فإذا بلغ ارتفعت عنه الحضانة فيذهب حيث يشاء.

ذهب إلى ذلك المالكية وأحمد في رواية ^(٣) وهو قول ابن حزم ^(٤).

ودليلهم على ذلك:

- ١- " حديث أنت أحق به ما لم تتكحى " فلو كان التخيير إلى الصبي ما كانت أحق به ما لم تتكح.
- ٢- إن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساد.

(١) فإذا كان الغلام في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لآبيه يعلمه ويلوى لأمه، بمعنى أنه لا يبيت إلا عند أمه، وإنما لم يمنع من الاختلاف لآبيه لأن للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه، في المكتب والصناعات ، التاج والإكيل ٢١٥/٤.

(٢) والمعتبر في بلوغه هو السن أو الاحتلام والانتبات، كما لا يشترط لرفع الحضانة عنه أن يبلغ رشيداً عقلاً قادراً على الكسب في المشهور وقيل يشترط، حاشية الدسوقي ٥٢٦/٢.

(٣) للقولاه النووي ١٠١/٢، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٥٧/٤، ٢٥٨ ، المدونة ٣٥٦/٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٤) للمطى ٣٢٣/١٠ ، ٣٣١.

٣- إن من لم يبلغ سن السبع لا يخير إذ لا قول له فكذا من فوق السبع لا يخير إذ لا قول له أيضاً لأنه لم يبلغ بعد.

القول الثالث:

ذهب الشافعية وأحمد في المشهور والزيدية وبه قال شريح وإسحاق^(١). إذا بلغ الذكر حد الاستغناء^(٢) عن النساء خير، فيكون مع من اختاره منهما^(٣) لكن لا يجبر عليها وإن اختاره، فإن اختار الأم فامتعت انتقل الحق إلى من بعدها وإن اختار الأب فامتعت انتقل الحق إلى من بعده وإن امتعاً معاً انتقل الاختيار لمن بعدهما إن كان وإلا أجبر

(١) الحاوي ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٥، ٣٨٦، المسيل للجرار ٤٣٧/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الأم للشافعية ٩٢/٥، مختصر المزني ص ٢٣٤.

(٢) وقد رو ذلك بمسح سنين أو ثمان لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، المغني ٦١٤/٧.

(٣) فإن اختارهما معا أقرع بينهما لتعذر اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فكان التقديم بالقرعة لحديث استهما عليه، كما يقرع بينهما إن تردد في الاختيار حتى لا يترك وحده فيضيع، فإن اختار الأم لم يمنع الأب من تعاهد وتعليمه إن كان ذكراً لكن يبيت عند أمه، وإن اختار الأب لا تمنع الأم من زيارته حتى لا يعود على العقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق به، وإن كان أثنى فليها تكون عند من اختارت لبلاً ونهلاً ولا يمنع الآخر من رويتهما المهذب ١٧١/٢، ١٧٢، المغني ٦١٥/٧، وما بعدها، المسيل للجرار ٤٣٨، ٤٣٧/٢.

الحاكم من تلزمه نفقته^(١) لا فرق في ذلك بين الأبوين وغيرهما ممن يستحقون الحضانة^(٢).

ودليلهم على ذلك:

أ- روى عن أبي هريرة أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه^(٣).
وفي رواية أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بأبني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعتي فقال: رسول الله ﷺ استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال النبي ﷺ هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به^(٤).
ففي الحديث دليل على أن الأبوين إذا تنازعا في ابن لهما كان الواجب هو تخييره فمن اختاره ذهب به.

ب- إن التخيير إجماع للصحاباء فقد روى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه^(٥) كما روى أن علياً خير عمارة الجذامي بين أمه وعمه ثم قال لأخ له صغير وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته وقال عمارة كنت ابن سبع أو ثمان سنين^(٦) وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر.

(١) حاشية قليوبي ٩١/٤.

(٢) فإن عم الأب أو كان من غير أهل الحضانة كان الخيار بين الأم والمصبة، وإن عمت الأم كان الخيار بين الأب ومن يستحق الحضانة بعدها، الحلو ٥٢١/١١، المغني ٥١٦/٧.

(٣) السنن لأبي داود ٢٩٢/٢، السنن الكبرى للبيهقي ٣/٨.

(٤) رواه أبو داود في السنن ٢٩٢/٢، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٥) السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٦/٧، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٦) برالجع الأم للشافعي ٩٢/٥، السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٧/٧.

فإذا ثبت التخيير عن عمر وعلى بمحض من الصحابة من غير أن ينكر ذلك أحد كان هذا إجماعاً من الصحابة على تخيير الغلام ببلوغه حد الاستغناء، وسواء كان المنازع للأب أو غيره من العصبة، كما فعل على مع أم عمارة وعمه.

ج- إن النبي ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فقد خالف في حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها فوجب أن يكون حكمه في الحضانة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير.

د- إن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجع باختياره.

هـ- إن المقصود من الحضانة هو طلب الحظ للولد ومع ظهور تمييزه يكون أعرف بحظه فوجب أن يرجع إلى خياره لأنه أعرف من يرها ما يدعوه إلى أن يختار أباها به.

و أعلم أن الذي يخير هو من كان مميزاً عاقلاً عقل مثله ليذكر حظ نفسه في الاختيار، أما المجنون الذي لا يميز بين منافع ومضاره فلا يخير ويكون مع أمه كحاله في زمان الصغر^(١).

(١) تراجع الحلوى ٥٠١/١١.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلتهم فإنني أرى أن القول الثالث القائل بتخيير الصبي إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء هو الأقوى دليلاً لما يلي:

١- صحة حديث التخيير الذي استدلوا به وهو نص في محل الخلاف، وإذا صح قدم على الرأي إذ لا مجال للرأي عند وجود النص.

٢- فإن قيل إنه معارض بحديث (أنت أحق به ما لم تتكى) فيجواب عنه بوجهين :

أ- إن حديث - أنت أحق به الخ إن كان عاماً في الأزمنة أو مطلقاً فيها فحديث التخيير يخصه أو يقيد به هذا يجمع بين الدليلين.

ب- أو يقال المراد بكونها أحق به فيما قبل السن التي يخير فيها لا فيما بعدها بقرينة حديث التخيير.

٢- ثبوت التخيير عن عمر وعلى وأبي هريرة وهي قصص في مظنة الشهرة ولم تتكرر فصار ذلك إجماعاً فلا تجوز مخالفته.

٣- قول الحنفية إن الأب أدرى بمصالح المعاش وما فيه منفعة الصبي في حاله ومآله مردود بأن ذلك ممكن مع كون الصبي مع أمه وفي حضانتها، لأن تخييره بين الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتعليمه وتقويمه.

٤- قولهم إنه لا حكم لقوله فيجاب، بأن لا حكم لقوله في الحقوق الواجبة كالإقرار والشهادة، لكن بحكم بقوله في المصالح وفي الأذان

وقبول الهبة، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة أن يصلى بقومه وهو ابن تسع سنين فتبعه الرجال فى الصلاة^(١) فلو لم يكن لقوله حكم ما جاز اتباعه، فكان تخييره فى حق نفسه أولى .

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا أن حجة أصحاب القول الثالث هى الأقوى إلا أننى أرى أن الأولى بالعمل هو أن يقال — التخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد— فلو كانت الأم أصون من الأب أو أغير منه قدمت عليه ولا التفات إلى اختيار الصبى فى هذه الحالة فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتل الشريعة غير هذا خاصة إذا قلنا أن حديث التخيير واقعة عين لا عموم فيها، والله يقول: ﴿ قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾^(٢) والنبي ﷺ قال " مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب أو تعلمه القرآن والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به من غير تخيير وكذلك العكس ومما يؤيد ذلك — أن حديث التخيير ورد فى بعض طرقه أن النبي ﷺ دعا لتلك الغلام فقال اللهم سده، فببركة دعاء الرسول ﷺ اختار ما هو أنفع له.

(١) رواه أبو داود ١٠٧/١.

(٢) بعض الآية ٦ من سورة التحريم.

٢- إذا كان المحضون أنثى:

كما اختلف الفقهاء في وقت حضنة النساء بالنسبة للذكر اختلفوا في وقت حضنتهن بالنسبة للأنثى وحاصل خلافهم يتمثل في خمسة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية (١):

إلى التفريق بين ما إذا كان النزاع بين الأب والأم والجدة أو بينه وبين غيرها من النساء (٢).

فإذا كان النزاع بين الأب والأم أو الجدة فهي على حقها في حضنتها حتى تحيض (٣). أو تبلغ حد الشهوة (٤) على المفتى به أو تزوج (٥) فإن زوجت أو بلغت حد الشهوة ولو لم تحض سقطت حضنتها، وتسلم إلى أبيها من غير تخيير في غير المزوجة حيث تستقل بنفسها،

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، ٢٠٨، البدائع ٤٢/٤، ٤٣، رد المحتار ٦٤١/٢، ٦٤٢، البحر الرائق ١٨٤/٤، ١٨٥.

(٢) هذا هو ظاهر الرواية، وعند محمد وهو المفتى به أن الأم والجدة كغيرهن تترك الأنثى في حضنتهن إلى أن تستهي فقط - ابن عابدين ٦٤٠/٢.

(٣) ولو اختلفا في حبضها فالقول للأُم لأنه يدعى سقوط حقها وهي تنكر والقول للمنكر في الشرع وقيل ينبغي أن ينظر إلى سنّها فإن بلغت سنّاً تحيض فيه الأنثى غالباً فالقول لسه وإلا فلها، رد المحتار ٦٤٠/٢، البحر الرائق ١٨٥/٤.

(٤) اتفقوا على أن بنت إحدى عشر مشتهة وقيل بنت تسع فصاعداً مشتهة اتفاقاً والأصح أن ذلك ليس له حد مقدر لأنه يختلف باختلاف حال المرأة، البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢.

(٥) هذا إذا زوجت بعد أن صلحت للرجال أما إن زوجت قبل أن تبلغ ولم تصلح للرجال بعد لم تسقط حضنتها إلا في رواية عن أبي يوسف إذا كان الزوج يستأنس بها. البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المحتار ٦٤١/٢.

إلى أبيها من غير تخيير في غير المزوجة حيث تستقل بنفسها، وإنما فرقوا بينها وبين الذكر في هذا وكان القياس أن تترك عند الأم إلى البلوغ كما في الغلام، لأن الحضانة نوع ولاية ولأنها تثبت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، فإذا استغنيا يكون الأب أحق بهما إلا أن الحنفية تركوا القياس في الغلام بإجماع الصحابة فبقى الحكم في الأنثى على أصل القياس.

ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والأب على ذلك أقوم وأقدر، وهذا المعنى ليس موجوداً في الأنثى فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا إذا كانت عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عن طمع فيها لكونها لاحقاً على وضئ فلا بد ممن ينب عنها، والرجال على ذلك أقدر ثم إنها إذا بلغت تحتاج إلى التزويج وولاية ذلك إلى الأب.

كما أنها تصير عرضة للفتنة وتكون مطمعة للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

أما إن كان المنازع للأب غير الأم والجدة من نوات الرحم المحرم من النساء كالأخوات والعمات والخالات، بأن كانت الأنثى في حضانتهم فالحكم في الأنثى هو الحكم في الذكر، وهو أن تترك في أيديهم إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى

الأب، لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخداما، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فلا يحصل المقصود من الحضانة وهي تعليمها وتخليقها بأخلاق النساء بخلاف الأم والجدة فيقدرن على استخدامها شرعا.

وإذا ثبت أن غير الأم والجدة لا يقدرن على استخدامها لم يكن هناك ما يدعو إلى بقاء حضانتهم بعد أن تبلغ حد الاستغناء فتسلم إلى الأب احترازا عن الوقوع في المعصية.

القول الثاني :

وإليه ذهب المالكية وأحمد في رواية وهو قول الليث بن سعد^(١) أن الأنثى تترك في حضانة أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت مبلغ النكاح وكانت الأم^(٢) في حرز وتحصين ومنعة فهي على حضانتها حتى تنكح^(٣) وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة ما دامت بكرا.

فإن خيف على البنت في موضع الأم، ولم تكن الأم في تحصين ولا منعة أو تكون الأم غير مرضية في نفسها ضمت البنت إلى أبيها أو

(١) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٥٧/٤، ٢٥٨، القولا للدواني ١٠١/٢، المدونة الكبرى ٣٥٦/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٢) يلاحظ أن غير الأم من الجدات والعمات والخالات يقمن مقام الأم عند فقدها أو سقوط حضانتها، يراجع المدونة ٣٥٧/٢، حاشية الرهوني على الزرقاني ٣٥٨/٤.

(٣) فإن تزوجت بعد البلوغ تسقط حضانة الأم ولا تعود إليها وإن طلقت البنت، أما إن زوجت قبل البلوغ فتسقط حضانتها أيضا لكنها تعود بطلاق البنت. مواهب الجليل ٢١٤/٤.

غيره من الأولياء عند فقدته إذا كان في الموضع الذي تبضم إليه كفاية وحرزا.

ودليلهم :

أن للأُم حق في الحضانة بقوله ﷺ " أنت لُحَق به ما لم تتكحى " فإن كانت في حرز وتحصين ولا يخش على البنت عندها فهي على حقها لا ينزع عنها، لأن النبي ﷺ جعل لها الحق دون غيرها من غير أن يحد ذلك بوقت ولم يسقط عنها هذا الحق إلا إذا نكحت، فما لم تتكح تظل على حقها في حضانة بنتها أبداً إلى أن تزوج، أما إن كانت في غير حرز أو تحصين أو كانت هي غير مرضية نزعت البنت منها وتدفع إلى ابنتها لأن في بقاء البنت عندها بعد بلوغها والحال هذا ضرر عليها والضرر مدفوع إذ لا ضرر ولا ضرار.

القول الثالث:

وذهب إليه الشافعية والزيديّة^(١).

أن الأنثى إذا بلغت حد الاستغناء عن الأم فإنها تخير بين أبيها فتكون مع من تختاره منهما^(٢).

(١) الحلوى الكبير ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، قلوبى ٩١/٤، السيل الجرار ٤٣٧/٢.
(٢) الأنثى كالذكر في جميع الأحكام، فقد الاستغناء هو سبع أو ثمان، وأنها إذا ترددت في الاختيار أو اختارتها مما فاته يقرع بينهما، وأنه لا فرق بين أن يكون التنازع بين الأبوين أو بين غيرهما فإن لم يكن أب يكون للتخيير بين الأم والمستحق للحضانة بعده من العصة، وإن لم تكن أم كان للتخيير بين الأب أو غيره من العصة وبين الجدة أو مستحق الحضانة غيرها من النساء، كما أن الحضانة لا يجبر عليها ولحد منها وإن اختاره الصبي فلو اختارت البنت أحدهما فامتنع انتقل الحق إلى من يليه ولا يجبر على قبولها، انظر قول الشافعية في تخير الغلام صـ.

وأدلتهم على ذلك هي نفس الأدلة التي ذكروها في تخيير
الغلام فلا حاجة إلى إعادتها.

القول الرابع:

وذهب إليه الحنابلة في ظاهر المذهب^(١).

أن الأنثى تترك في حضنة الأم إلى أن تبلغ سبع سنين ثم تنتقل
حضانتها إلى أبيها ولا تخير.

أ- أما دليل عدم تخييرها فهو أن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح
قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إلى
ذلك فروعى جانبها في ذلك.

ب- أما دليل ضمها إلى أبيها ونزعها من حضنة أمها فهو:-

١- أن الغرض بالحضنة الحفظ والحفظ للبنات بعد السبع في الكون
عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج
إلى من يحفظها ويصونها.

٢- أن البنات إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج بدليل تزوج
النبي ﷺ عائشة وهي ابنة سبع^(٢) وإنما تخطب البنات من أبيها لأنه
وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي
أن يقدم على غيره.

(١) فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٤، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٦، المغنى ٧/٦١٦، ٦١٧.

(٢) البداية والنهاية لابن كثير ٢/١٥٧، السنن لابن ماجه ١/٦٠٤، السنن لابي داود ٤/٢٨٥.

القول الخامس: وذهب إليه ابن حزم (١):

أن الأم على حقها في حضانة الأنتى إلى أن تبلغ المحيض فإذا بلغت المحيض فهي أملك بنفسها وتسكن حيث أحببت إذا أمنت من الوقوع في معصية وإلا كان للأب أو غيره من العصبة أو الحاكم منعها من ذلك وأن يسكنها حيث يشرفان على أمورها.

الرأى المختار:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أرى أنه لا يسلم منها قول من نقد وجه إليه فلا أستطيع أن أرجح منها رأى بإطلاقه على آخر وبيان ذلك:

أولاً:

ما ذهب إليه ابن حزم من أنها إذا بلغت المحيض ترفع عنها الحضانة، ولها أن تسكن بمفردها وتستقل عنهما لا يمكن العمل به خاصة مع فساد الزمان، فالأنتى ولو كانت كبيرة عاقلة رشيدة تحتاج إلى الحفظ والستر ولذا نهيت عن السفر إلا مع زوج أو محرم لحاجتها في حفظها إلى الرجال - وهذا مع كبرها - فكيف بها إذا كانت صغيرة مميزة وبلغت سن فوران الشهوة فيها وهي قابلة للانخداع.

لذلك نجده يقول إن خيف عليها كان للأب أو الحاكم أو الجيران منعها من ذلك، فإذا لم تكن لهم ولاية عليها فكيف يحق لهم أن يمنعوها، لذلك فإننى أرى وجوب بقاء الحضانة عليها وعدم استقلالها ولو بلغت.

ثانياً:

القول بتخييرها أيضا قول معيب، لأنها إذا خيرت فكانت عند الأم تارة وعند الأب تارة أفضى ذلك إلى كثرة بروزها وتبرجها وانتقالها من مكان إلى مكان، ولا يبقى الأب موكلا بحفظها ولا الأم لأن العادة أن ما يتناوب الناس على حفظه يضيع.

ثم إن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر في الإحسان والصيانة فلا يبقى الأب تام الرغبة ولا الأم تامة الرغبة في حفظها، ثم إن تردها بين الأبوين يجعلها لا يجتمع قلبها على مكان معين ولا يجتمع قلب أحد الأبوين على حفظها، ثم إن تمكينها من اختيار هذا تارة وهذا تارة يخل بكمال حفظها ويكون زريعة إلى ظهورها وبروزها فيكون الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير.

كما أنه لم يرد في تخييرها نص حتى يعول عليه، وقياسها على الولد لا يصح إذ الفرق ظاهر بين تخييرها وتخيير الابن لا سيما والولد محبوب مرغوب والبنات مزهود فيها، فأحد الوالدين قد يزهد فيها مع رغبتها فيه فكيف مع زهدا فيه، فالأصلح لها لزوم أحدهما لا التردد بينهما.

ثالثا:

إذا قلنا بعدم استقلالها وبعدم تخييرها فلمن تكون الحضانة من الأبوين:

البعض يجعلها للأم والبعض الآخر يجعلها للأب كما سبق.
غير أني أرى أن المراعى في ذلك هو صيانة البنات فيجب أن تكون الحضانة لمن يصلحها ويدفع مفسدتها منها لذا نجد المالكية

يفرقون بين حال تكون الأم في حرز وتحصين فيجعلون لها الحضانة وبين أن تكون في غير حرز وتحصين أو تكون غير مرضية فينزعون البنات عنها.

فإذا كان أحد الأبوين حافظا لها والآخر يضيعها فلا شك أنها تجعل عند من يحفظها أبا كان أو أما.

فإذا فرض أن الأب ديوث لا يصونها والأم تصونها فإن الأم تكون أولى بحضانتها من غير نظر إلى اختيارها، وإذا كان الأمر على العكس من ذلك قدم الأب وسقطت حضانة الأم ، لأنها ولاية مصلحة فالمعتبر فيها هو ما يصلح به المحضون.

وعلى هذا فإني أرى أن الأولى بالحضانة هو من يحفظ الأنثى ويصونها ويأمرها بالطاعة ويبعدها عن المعصية منهما.

شروط التخيير:

مما سبق علمنا أن بعض الفقهاء يقول بتخيير المحضون ببلوغه حد الاستغناء سواء كان ذكرا أو أنثى، ومنهم من يخير الذكر دون الأنثى إلا أن هذا التخيير عندهم مشروط بثلاثة شروط^(١):

الشرط الأول: أن يكون المحضون عاقلا.

فإن كان معتوها أو مجنوناً لم يخير ويكون عند الأم، لأن المجنون والمعتوه لا يميز بين منافعهم ومضارهم فيصير بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا.

(١) الحلوى ٥٠١/١١، المغنى ٦١٦/٧.

ولو خير الولد فاختر أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل
اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت
الأم أولى لأنها اشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفولته.

الشرط الثاني: انتهاءه إلى السن التي يستحق للتخير فيها:

وقدروها بسبع أو ثمان - وليس ذلك اختلاف قولين بل هو
اختلاف حالين في مراعاة أمره في ضبطه وتحصيله ومعرفة أسباب
الاختيار فقد يتقدم ذلك فيه ويوجد لسبع لفرط نكائه وقد يتأخر لقلّة فطنته
فالأول يخير لسبع والثاني يخير لثمان.

الشرط الثالث: أن يكون الأبوين من أهل الحضانة:

يشترط فيمن يقع للتخير بينهما - أباً وأماً - أو غيرهما ممن
يقوم مقامها أن يكونوا من أهل الحضانة بأن تتوفر فيهم شروط استحقاق
الحضانة، وهي العقل والإسلام والعدالة واجتماعهما في وطن واحد وخلو
المرأة عن الزوج وقد سبق بيان ذلك مفصلاً.

المبحث الثاني

انفراد الرجال بالحضانة

إذا اجتمع الرجال من أقارب الطفل يتنازعون حضانتهم منفردين عن النساء ، حيث لا نساء ، أو كان معهم نساء وسقط حقهن في الحضانة ، فمن الذي يستحق الحضانة منهم ، وما هي مراتبهم فيها؟ ولكي نجيب على ذلك فإننا سنحصر كلامنا في مطلبين:

المطلب الأول

المستحقون للحضانة من الرجال

المستحقون للحضانة من الرجال : ثلاثة أصناف

الصنف الأول: هم العصابة الوراثين^(١):

فلا حضانة لذكر تكون قرابته للمحضون من جهة النساء ، وعلى هذا فلا حضانة لذوي الأرحام كالجد لأم^(٢) والعم لأب والخال وابن الأخت وبنو الخالات والعمات والأخ. لأب مع وجود أحد من أهل الحضانة وهم العصابة.

(١) البدائع ٤/٤٣٢ رد المحتار ٢/٦٣٨ ، التاج والإكلیل ٤/٢١٦ ، الفواكه الدوانی ٢/١٠٣ ، الحاوی ١١/٥١٦ ، ٥١٧ ، شرح المحلى على المنهاج مع تليويى ٤/٨٩ ، المغنى ٧/٦٢٢ ، ٦٢٣ ، نكاح لابن قدامة ٣/٣٨٣ .

(٢) وافق المالكية الجمهور في القول بأن الجد لأب لا حضانة له ولم يخالف في ذلك إلا اللخمى حيث يرى أن له فيها حقاً لأنه أب ذو حنان تفضل عليه الدية ويسقط عنه اللقود ، وعلى هذا فمرتبة تلى مرتبة الجد لأب ، فيكون متوسطاً بين الجد لأب وابن الأخ ، يرجع التسوقى والفرج الكبير ٢/٥٨٢ ، المواهب والنتاج ٤/٢١٦ .

ولعل السبب في عدم استحقاقهم للحضانة هو أن الذكور من نوى الأرحام فاقنون لآلة للتربية وهي الأنوثة التي هي السبب الأقوى في استحقاق الحضانة، فهم ليسوا نساء يتولون الحضانة بأنفسهم ولا لهم قوة قرابة كالعصبات.

ويشترط في العاصب حتى يستحق الحضانة أن يكون محرماً للمحضون وإن كان أنثى^(١).

وعلى هذا فلا حق لابن العم في حضانة ابنة عمه — وإن كان عاصباً لها — لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها. أما إذا كان المحضون ذكراً فإن لابن عمه الحق في حضانته عند عدم من هو أولى منه لأنه عصب له.

الصنف الثاني :

الوصى^(٢) وهو من يعينه الأب لرعاية أبنائه من بعده، ويلحق به وصى الوصى ومقدم للقاضي.

ومحل استحقاق الوصى للحضانة فيما إذا كان المحضون ذكراً صغيراً أو كبيراً، أما إن كان المحضون أنثى فإن كانت كبيرة لا حق له في حضانتها إلا إذا كان محرماً لها أو كان الوصى أنثى.

(١) ذهب إلى ذلك الجمهور، وذهب الشافعية في الصحيح إلى عدم سقوط حقه فسى الحضانة لو فور شفقة بالولاية لكنهم يقولون لا تسلم إليه الأنثى المشتبهة وإنما إلى ثقة يعينها هو كبنته ونحوها بشرط كونها ثقة: قلاوي وشرح المطى على المنهاج ٨٩/٤.

(٢) لم يقل بهذا إلا المالكية، يرجع القول له الدواني ١٠٣/٢، النسوقي والشرح الكبير ٥٢٨/٢، التاج والإكلیل مع المواهب ٢١٦/٤.

أما إذا كانت صغيرة فإن له حق حضانتها ولو لم يكن محرماً لها وقيل ليس له الحق في حضانة الأنثى مطلقاً، إذ ليس بينه وبينها محرم.

الصنف الثالث: ذوى الأرحام عند عدم غيرهم:

إذا لم يوجد أحد من المستحقين للحضانة من العصابات أو وجد وسقط حقه فيها، ووجد أحد من ذوى الأرحام المحرمين^(١) كالخال وأبو الأم وابن الأخت والأخ لأم فقد ذهب الحنفية والمالكية وهو وجه للشافعية والحنابلة^(٢) إلى أنهم يستحقون الحضانة ويتقدمون على الأجانب، لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم الوارث فكذا يحضنون عند عدم من يحضن.

المطلب الثاني

مراتبهم

بعد أن ذكرنا المستحقين للحضانة من الرجال إجمالاً نذكر الآن مراتبهم فنقول:

١- الأب:

(١) احترز به عن ذوى الأرحام غير المحرمين كابن العم والخالة حيث لا حق لهم لعدم المحرمية، رد المحتار ٦٣٩/٢.

(٢) وللشافعية والحنابلة وجه آخر أنه لا حق لهم في الحضانة فهم والأجانب فيها سواء فإن قدموا فمن طريق الأولى دون الاستحقاق والانتقال الأمر إلى الحاكم، يراجع الحساوي ٥١٦/١١، المغني ٦٢٣/٧، الكافي ٣٨٣/٣، البحر الرائق ١٨٤/٤.

مما لا خلاف عليه أن أحق الذكور بالحضانة هو الأب لأختصاصه بمباشرة الولادة وتميزه بفضل الحنو والشفقة.

٢- للجد وإن علا:

يأتى فى المرتبة الثانية بعد الأب أبائه الذين ولدوه يتقدم بها الأقرب فالأقرب ويكون أبعد الآباء درجة أحق بها من الأخوة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء^(١)، ولم يخالف فى هذا إلا المالكية^(٢).

حيث يقولون بتقديم الوصى على جميع العصبة غير الأب. كما يقولون بتقديم الأخ على الجد سواء كان قريباً أو بعيداً وإنما قدم الوصى على العصبة لأنه مقدم بإجتهاد الأب ومن اجتهد فيه الأب أقوى وأولى، ولو علم أن ذلك التقديم كان لثنان بين الأب وبين جد الولد أو أخيه لقدم الجد والأخ على الوصى لأن الوصى لأن عليهما فى تربية غيرهما لولدهما معرفة مع علمنا أن رغبة الأب عنهما لم تكن حسن نظر.

أما إن كان الثنتان بين الأب وعم الولد أو ابن عمه فإنه يقدم عليهما الوصى لأنهما يتهمان فى عدولته والإساءة إليه لعداوة الأب. الأخوة^(٣).

إذا عم الأجداد كان الأخوة أحق بالحضانة من غيرهم وأولاهم

(١) للبدائع ٤/٤٣، رد المحتار ٢/٦٣٨، الحاوى ١١/٥١٧، ٥١٨، المغنى ٧/٦٢٢.

(٢) يرجع النسوقى والشرح الكبير ٢/٥٨٢، التاج والإكليل ٤/٥١٦، حاشية المنسى على كنون ٤/٢٥٢.

(٣) سبق أن ذكرنا أن المالكية يقدمون الأخ على الجد فى استحقاق الحضانة، وأن لجمهور يقولون بتقديم الجد وإن علا على الأخوة، فنظر ما سبق.

بها الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ الأم^(١).
٤- أبناء الأخوة^(٢):

إذا عدم الأخوة وكان لهم أبناء فنأزع الأعمام في حضنة الصبي
فقد ذهب الجمهور^(٣) إلى تقديم أبناء الأخوة على الأعمام لقوة تعصبهم
في حجب الأعمام عن الميراث، وعلى هذا يقدم بها ابن الأخ الشقيق ثم
ابن الأخ لأب ثم أبنائهم وإن سفلوا.
ولا حق فيها لابن الأخ لأم إلا عند المالكية لأنه غير وارث عند
الشافعية ولأنه من نوى الأرحام عند غيرهم وقيل^(٤) يقدم الأعمام على
أبناء الأخوة، لأنهم أقرب منهم درجة.
٥- الأعمام:

يأتى بعد أبناء الأخوة في استحقاق الحضنة أعمام الصبي يتقدمهم
العم الشقيق ثم العم للأب، ولا حق فيها للعم لأم^(٥) لأنه لا يرث.

(١) هذا عند المالكية والشافعية غير أن المالكية يقدمون الأخ لام على الأخ لأب، أما الحنفية
والحنابلة فإن الأخ لام من نوى الأرحام فلا حق له في الحضنة عند وجود من هو أولى منه
من العصبة، يراجع: البدائع ٤/٤٣، للفوكه الدواني ١٠٣/٢، الحلوى ٥١٨/١١، الكافي
لابن قدامة ٣/٢٨٣.

(٢) سبق أن ذكرنا أن للخمى للملكى يقدم الجد لأم على ابن الأخ في استحقاق الحضنة.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية في وجه يراجع الحلوى ٥١٨/١١.

(٥) إلا عند المالكية حيث يقولون باستحقاقه للحضنة ويقدمونه على العم لأب — حاشية الدموقي

٥٢٨/٢.

ثم تنتقل بعدهم إلى أبنائهم وإن سفلوا يتقدمون بها على أعمام الأب^(١) لكن لا تدفع إليهم الأنثى لأنهم غير محارم كما سبق.

٦- إذا لم يوجد من العصابة أحد أو وجد وسقط حقه ففى الحضنة انتقلت إلى نوى الأرحام على خلاف فى ذلك^(٢).

عند التساوى^(٣): إذا تساوى اثنان من أهل الحضنة كأخين وعمين ونحوهما فإننا نقدم من كان عنده صيانة وشفقة على مساويه فى المرتبة إذا خلا عن ذلك، فإذا كان عندهما صيانة وشفقة وأحدهما أكثر من الآخر صيانة وشفقة للمحضون عن غيره فإنه يقدم.

فإن وجد عند أحدهما الصيانة ووجد عند الآخر الشفقة فقبل يقدم صاحب الشفقة، فإن تساوا فى الصلاح والشفقة قدم الأكبر سناً فإن تساوا فى كل شئ أقرع بينهما.

(١) حاشية ابن عباين على قدر المختار ٦٣٨/٢، الشرح الكبير مع حاشية النعوى ٥٢٨/٢.

(٢) لولاهم بها الأخ لأم ثم لولاده ثم العم لأم ثم الخال المتفق ثم لأب ثم لأم وقبل بغير ذلك الترتيب، هذا عند الجمهور أما عند المالكية فإن الجد لأم من المستحقين للحضنة عند اللخمى وكذلك الأخ لأم ولبنه ولعم لأم ولبنه كلهم يستحقون الحضنة ويقدمون على الأخ لأب ولبنه وعلى العم لأب ولبنه كما سبق، يراجع البحر الرائق ١٨٤/٤، الشرح الكبير ٥٢٨/٢، الحاوى ٥١٧/١١، الكافى ٢٨٣/٣.

(٣) يراجع البدائع ٤٢/٤، البحر الرائق ١٨٤/٤، الفولكه الدوائى ١٠٣/٢، للتاج والإكليل ٢١٦/٤، المفنى ٦٢٤/٧، المحلى ٣٢٤/١٠.

المبحث الثالث

اجتماع الرجال والنساء

إذا اجتمع للرجال والنساء وتنازعا حضانة الطفل فايهم أولى أن يقدم على غيره؟
وهل يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه أم لا؟ إليك بيان ذلك في مطلبين:

المطلب الأول

فيمن يقدم بالحضانة

اتفق الفقهاء^(١) على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب ما لم يمنع من ذلك مانع^(٢) ودليل ذلك:
أ- روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدى له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تتكحى"^(٣).
فقد حكم لها النبي ﷺ بحضانة الطفل دون الأب فدل على تقديم حقها في الحضانة على حقه.

(١) المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٤٩/٤، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨١، المعيل الجرار ٢/٤٣٨، المحلى ١٠/٣٢٣، سبل السلام ٣/٢٢٧، نيل الأوطار ٦/٣٢٩.

(٢) سبق أن ذكرنا الشروط الواجب توافرها في مستحق الحضانة فإذا اختلف شرط منها كان ذلك مانعاً من استحقاق الحضانة.

(٣) سبق تخريج الحديث.

ب- ما روى أن أبا بكر قضى على عمر بن الخطاب بحضانة ابنه عاصم لأمه وقال له ريحها وحجرها خير له من غسل وسمن عندك يا عمر^(١).

فهذا أبو بكر يقضى بتقديم الأم على الأب في حضانة الطفل والصحابه مجتمعون ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً على تقديم الأم في الحضانة على غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب.

ج - إنها مباشرة للولادة قطعاً وإحاطة وهي في الأب مظنونة فكانت أولى.

د- أنها أكثر حنواً وإشفاقاً فكانت أولى.

هـ- إنها بتربيته أخبر وعلى التمشاغل به أصبر فقدمت على غيرها.

٢- أمهات الأم:

إذا عدت الأم أو سقط حقها في الحضانة فأولى الناس بحضانة الطفل من أقربائه جندته لأمه - أم أم المحضون - ثم أمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ذهب إلى هذا الجمهور من أهل العلم^(٢). ولم يخالف هذا إلا الحنابلة في رواية ضعيفة عن أحمد^(٣) أن الأب يقدم عليهن فيكون أولى منهن بحضانة الطفل عند عدم الأم أو سقوط

(١) سبق ذكر الأثر.

(٢) هذا إذا لم يمنع من استحقاقها للحضانة مانع كما سبق بيانه صـ راجع البحر الرائق ومنحه الخالق ١٨٢/٤، الفواكه الدواني ١٠٢/٢، الأنواع في حل ألفاظ ابن شجاع ١٩٤/٢، الكافي لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٢/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤.

(٣) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدم من على الأمهات لأم يرجع المعنى ٦٢٣/٧.

حضانتها، والشوكاني^(١) حيث ذهب إلى تقديم الخالة عليهن. والأصح ما عليه الجمهور من أن الحضانة بعد الأم لأمهاتها وإن علون، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة، وهي أم تدلى بأُم فكانت مقدمة على غيرها، ولأنهن — الجدات من جهة الأم — نساء ولانتهن متحققة فكن في معنى الأم فقد من.

٣- الأب:

إذا عدت الأم وأمهاتها أو سقطت حضانتهم فقد ذهب الشافعية^(٢) والحنابلة في المذهب^(٣) وللظاهرية^(٤) والزيدية^(٥). إلى القول بانتقال الحق في الحضانة إلى الأب، لأن له من الولادة والاختصاص بالنسب وفضل الحنو والشفقة ما ليس في غيره ممن عسّم الولادة، ومن اختص بالولادة من الرجال والنساء يقدم في الحضانة على غيره ممن عدما، فإن تساوى في الولادة أبوان قدمت الأم على الأب بالانوثية المختصة بالتربية. وذهب الحنفية^(٦) وهو قول الاصطخري الشافعي^(٧).

-
- (١) حيث يعتبرها مع الأب كالأم معه يثبت بينهما لتخير للصبي واستدل لذلك بحديث (الخالة أم) يراجع السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦ .
- (٢) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت أم والخالة أحق من الأب فيقدمن على الأمهات أم يراجع للمعنى ٦٢٣/٧.
- (٣) ولأحمد رواية أخرى أن الخالات يقدمن على الأب وكذلك الأخت أم — المعنى ٦٢٣/٧.
- (٤) للمعنى ٣٢٣/١٠.
- (٥) ويرى الشوكاني تقديم الخالة على الأب — السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٨.
- (٦) البحر الرائق ١٨٣/٤.
- (٧) الحاوي ٥١٩/١١.

أن النساء يتقدمن في حق الحضانة على الرجال^(١) ويقدم
منهن من كان من جهة الأم على من كان من جهة الأب وقد سبق بيان
مراتب النساء في الحضانة في صـ

وقريب من قول الحنفية ما ذهب إليه المالكية^(٢).

من القول بتقديم الخالات وكذلك الجدات لأب وإن علون على
الأب وقد سبق أيضا صـ .

٤- الجدة من جهة الأب:

سبق أن ذكرنا أن الحنفية والمالكية يقدمون الجدات من جهة الأب
على الأب في استحقاق الحضانة^(٣).

أما الزيدية^(٤) فإنهم يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب إذ
منزلتهن بعد منزلة الأب.

أما الشافعية والحنابلة^(٥) فيجعلون الحضانة بعد الأب عند عدم
وجوده أو سقوط حقه فيها لامهاته وإن علون.

٤- الجد وإن علا:

يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية^(٦).

(١) حيث جعلوا منزلة العصبة متأخرة بعد جميع النساء والأب من العصبة فكان متأخرا عنهن.

(٢) التاج ٢١٥/٤، الفولكه الدوقى ١٠٢/٢.

(٣) يرجع صـ.

(٤) السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٥) الحلوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧.

(٦) المصادر السابقة، المحلى ٣٢٣/١٠.

أن حق الحضانة بعد أمهات الأب ينتقل إلى الجد ثم لأمهاته ثم إلى أبي الجد ثم أمهاته، حتى يستوعب عمود الأباء والأمهات لا يتقدم عليهم مع وجود الولادة فيهم من عدمها. وعند الحنفية منزلة الجد متأخرة عن منزلة الأخوات والخالات لأنه من العصبية وكذلك عند المالكية^(١).

٦- الأخوات والأخوة:

إذا انقرض المستحقين للحضانة من الآباء والأمهات انتقلت عند الحنابلة وللشافعية في أحد وجهين^(٢) إلى الأخوات وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخت من الأم.

وإنما قدم على الأخوة لأنهن نساء من أهل الحضانة فقد من على من في درجتهم من الرجال كالأم تقدم على الأب وقيل الأخ أحق بالحضانة منهن لأنه من العصبية يحق له القيام بتأديب المحضون وتقويمه، كما له أن ينقله إلى وطنه عند الانتقال من مكان الحضانة والأصح تقديم الأخت على الأخ لأنها أنثى أشفق وأعطف.

وعند الحنفية^(٣) تنتقل الحضانة للأخوات بعد أم الأب حيث يتقدمن على الأجداد لأنهن نساء يتقدمن على العصبية وتقدم الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب.

(١) البدائع ٤/٤١، ٤٣، التاج والإكليل ٤/٢١٥، ٢١٦.

(٢) الحلوى ١١/٥١٩، المغنى ٧/٦٢٣، ٦٢٤.

(٣) البدائع ٤/٤١.

وكذلك المالكية^(١) يقدمون الأخوات على الأجداد، لكنهم يقدمون الخالات وجميع قرابات الأم عليهن.
٧- الخالات (٢) :

ينتقل الحق في الحضانة بعد الأخوة إلى الخالات عند الشافعية والحنابلة^(٣)

وتقدم الشقيقة ثم التي للأب ثم التي للأم، وكذلك عند الحنفية^(٤) لكنهم يقدمون التي للأم على التي للأب.

أما المالكية^(٥) فالخالات يأتين بعد الجدة للأم في المرتبة ويقدمن على أم الأب، وعلى الأب والجد والأخوات وغيرهن
٨- العمات ثم الأعمام:

ينتقل الحق في الحضانة بعد الخالات إلى العمات عند الشافعية والحنابلة^(٦) فإذا عمن انتقل الحق إلى الأعمام - ويقدم بها الشقيق ثم الذي للأب.

(١) الفواكه اللدواني ١٠٢/٢.

(٢) سبق أن بينا أن لا حضنة للأخوال لأنهم من ذوى الأرحام فلا يحضنون إلا عند عدم وجود من يستحق الحضنة من الرجال والنساء وحينئذ يقدم على من كان أجنبيًا من المحضون.

(٣) الحلوى ٥٢٠/١١، المغني ٦٢٤/٧.

(٤) البحر الرائق ١٨٢/٤، البدائع ٤٢/٤.

(٥) الفاتح والإكليل ٢١٥/٤.

(٦) الحلوى ٥٢٠/١١، المغني ٦٢٤/٧.

ويرى الحنفية والمالكية^(١) أن العمت يأتين بعد للخالات في المنزلة كما يقول الشافعية والحنابلة غير أنهم يؤخرون الأعمام عن غيرهم من النساء إذ هم من العصابة وهي متأخرة عن جميع النساء.

ملاحظة:

بعد أن رتبنا المستحقين للحضنة عند اجتماع الرجال والنساء على النحو السابق يتضح لنا اختلاف الفقهاء في هذا الترتيب اختلافا كبيرا حيث لا يكادون يجمعون إلا على تقديم الأم على جميع النساء والرجال وذلك لمكان النص الولد في ذلك.

كما نجد شبه إجماع على تقديم أمهات الأم بعدها على غيرها من المستحقين للحضنة رجالا ونساء لولا أن الشوكاني قد عارض في ذلك وقدم عليهن الخالات لمكان الحديث (إنما الخالة أم).

بعد ذلك لا نجدهم يتفقون على شيء من هذا الترتيب ولعل السبب في ذلك هو عدم وجود دليل يدل على شيء من ذلك بل مجرد آراء خلت عن الأدلة فكل "يقدم من وجهة نظره من هو مظنة للحنو على الصبي".

وبناء عليه فإنني أرى أن حق الحضنة عند التنازع يكون محصورا بين الأم ولها والأب وأمها، فتقدم الأم، وعند عدمها أو سقوط حقها تقدم أمها على الأب، ثم بعد ذلك ينتقل الحق إلى الأب عند وجوده. فإن عدم أو كان غير أهل لها تقدم أمهاته ولا ينتقل الحق عن هؤلاء إلى من بعدهم من الرجال والنساء إلا عند عدمهم أو سقوط حقهم فيها.

(١) للبدائع ٤/٤٢، الفواكه الدواني ٢/١٠٢.

المطلب الثاني

لا يسقط حق الفرع في الحضانة إسقاط الأصل لحقه

إذا أسقط مستحق الحضانة كالأم أو الأب حقه في الحضانة فهل يسقط بذلك حق فرعه فيها أم لا؟
للعلماء وجهان في ذلك:

الأول: يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه^(١).

فإن أسقطت الأم حقها سقط حق أمهاتها وينتقل الحق فيها للأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فإن أسقطت حقها سقط حق فروعها، وكذلك الأب إن أسقط حقه سقط حق أمهاته لأنهن فرع عليه.
الثاني: وهو الأصح لا يسقط حق الفرع لسقوط حق الأصل^(٢).

وعلى هذا فإذا أسقطت الأم حقها انتقل الحق بعدها إلى أمهاتها، لأن الحضانة حق الولد، وبإسقاط الأم لحقها بقي حق الولد فصارت كالميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى.
ولأنه لو سقط حق الأم بزواجها أو لكونها غير أهل للحضانة لا يسقط حقهن فكذا لو أسقطته بنفسها وكذا الحكم في الأب.

(١) ذهب إلى ذلك الحنابلة في وجه وبه قال بعض القرويين من المالكية، مواهب الجليل ٢١٩/٤، المغني ٦٢٤/٧، الكافي لابن قدامة ٣٨٤/٣.

(٢) ذهب إلى ذلك الحنفية وهو الأصح عند الحنابلة وهو قول الشافعية وقيل قول المالكية وهو المعتمد عندهم يراجع حاشية ابن عابدين ٦٣٦/٢، المغني ٦٢٤/٧، الحاوي ٥٠٦/١١، مواهب الجليل ٢١٦/٤، حاشية النسوقي ٥٣٣/٢، الانصاع ١٩٦/٢، الكافي لابن قدامة ٣٨٤/٣.

ولأن حق القريب سقط لمعنى لخص به فاخص السقوط به
كما لو سقط لمانع.

الفصل الثالث

نفقة^(١) المحضون وأجر الحضانة

مما لا شك فيه أن المحضون سواء كان رضيعا أو فطيميا يحتاج إلى الطعام والشراب والكسوة والسكنى وغيرها من وجوه النفقة فعلى من تجب، وهل يجب على الأم رضاعه وهل تستحق للحاضنة أجره لهذا الرضاع ثم أخيرا هل تستحق الأجر على حضانتها أم لا؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذه المباحث.

المبحث الأول

نفقة المحضون

إذا قلنا بثبوت النفقة للمحضون فعلى من تجب وما شروط وجوبها وما مقدارها، وما الحكم لو امتنع من وجبت عليه عن دفعها هذا ما سنبينه في المطالب التالية .

(١) النفقة اسم من الإنفاق وما ينفقه الإنسان على عياله، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة وجمعها نفقات، وهي في الشرع ما به قوام معياد حال الأئمة دون سرف، أو هي الطعام والكسوة والسكنى، للمعجم الوسيط ١٨٠/٢، لبحر الرائق ١٨٨/٤، ابن عابدين ٦٤٣/٢، ٦٤٤، الفروكه الدواني ١٠٤/٢.

المطلب الأول

نفقة المحضون على أبيه

مما لا خلاف عليه بين أهل العلم أن نفقة الولد للصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد^(١).

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم^(٢) ولو كانت حضانتهم إلى غيره كالأم أو الجدة حيث تكون لهن الحضانة ونفقتهم على الأب، ودليل هذا الحكم القرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن:

١- قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَوَنَّنَا لَهُنَّ ﴾^(٣).

دلت الآية على وجوب أجره للرضاع للمطلقات إذا أرضعن أولادهن وأنها على الأب فلما لزمته أجره الرضاع كان لزوم النفقة أحق إذ هي بعد القطام بمنزلة مؤنة الرضاع.

(١) وهذا بالاتفاق إذا كان الولد صغيراً، فإن كان كبيراً فقبل نفقته على أبيه أيضاً وقبل على الأب والأم ثلاثاً بحسب ميراثهما من الولد، المبسوط ٥/٢٢٢، البحر الرائق ٤/٢٢٨، شرح المحلى على المنهاج ٤/٨٧، السيل الجرار ٢/٤٥٤، نيل الأوطار ٦/٣٢٢، العناية وفتح القدير مع الهداية ٤/٤١١/٤١١.

(٢) نقل هذا الإجماع ابن قدامة والكاظمي والشوكاني والقرطبي، يرجع البدائع ٤/٣٠، ٣٢، التاج والإكيل والمواهب ٤/٢١٠. ٢٢٠، الحاوي ١١/٤٧٧، المغني ٧/٥٨٢، ٥٨٣، المحلى ١٠/١٠٠، نيل الأوطار ٦/٣٢٢، ٣٢٣، الاقتاع ٢/١٨٦، السيل الجرار ٢/٤٥٦، فتاوى ابن تيمية ٣٤/١٠٨، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/١٠٧٦، مختصر المزني ص ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق آية : ٦.

٢- قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾^(١). حيث دل على وجوب نفقة الأولاد وأنها على الآباء دون الأمهات لأن الله خص الأب بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام الملك.

٣- قوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم﴾^(٢). دلت الآية على وجوب نفقة الابن على أبيه إذ لولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الاملاق من النفقة.

الأدلة من السنة:

يستدل على وجوب نفقة الابن على أبيه من السنة بأدلة نذكر منها:
١- روى عن أبي هريرة أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إن معي دينارا قال أنفقه على نفسك قال: إن معي آخر قال: أنفقه على ولدك، قال : إن معي آخر قال: أنت أعلم^(٣).
فقد دل الحديث على وجوب نفقة الولد وأنها على الأب عندما يكون عنده ما يزيد عن حاجة نفسه.

٢- روى عن عائشة أن هنداً أم معاوية جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطيني وولدي إلا ما أخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل على في ذلك من شيء؟ فقال رسول الله ﷺ

(١) بعض آية : ٢٣٣، من سورة البقرة .

(٢) بعض آية : ٣١ من سورة الإسراء.

(٣) السنن لأبي داود ١٣٦/٢، السنن الكبرى ٤٧٧/٧.

: " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف " ^(١) ففي هذا الحديث دليل على وجوب نفقة الولد على الأب، وأنه يجوز لمن وجبت له النفقة شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفيه إذا لم يقع منه الامتنال وأصر على التمرد .

الأدلة من المعقول:

استدل لوجوب نفقة الولد على الوالد بأدلة عقلية نذكر منها:

- ١- إن ولد الإنسان بعضه فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه يجب أن ينفق على بعضه.
- ٢- إن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه.
- ٣- إن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجتماع، والإنفاق من باب الصلة فكان واجبا، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى اللقطع فكان حراما.

(١) فتح الباري ٩/٤١٨، السنن للبيهقي ٧/٤٧٧، المنن لأبي داود ٣/٢٨٨.

المطلب الثاني

شروط وجوب النفقة

سبق أن ذكرنا أن نفقة الولد واجبة على أبيه أو من تلزمه نفقته غير أن ذلك مشروط بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن لا يكون للولد مال^(١).

فلكى تجب نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه نفقته يجب أن لا يكون غنيا ، فإن كان له مال^(٢) لم تجب نفقته على أحد وإنما تكون فسي ماله خاصة، كان الولد كبيرا أو صغيرا.

لأن هذه النفقة هي من قبيل للموأساة وهي لا تجب إلا مع الفقر والموسر مستغن عن الموأساة، ولأنه إذا كان غنيا لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الإيجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب على الغير، ويكون إيجابها في ماله أولى من إيجابها في مال غيره.

(١) البدائع ٣٤/٤، ٣٥، مواهب الجليل والتاج ٢١١/٤، الحاوي ٤٨٧/١١، المغني ٥٨٤/٧، مختصر المغني ص ٢٣٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠١، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، ٤٥٧، تكملة المجموع للمطيعي ١٩٦/٢٠، ١٩٧.

(٢) فإن كان المال حاضرا في يد الأب اتفق منه على الابن وينبغي أن يشهد على ذلك حتى لا يحد الابن بعد ذلك أما إن كان غنيا فإنه ينفق من مال نفسه فإذا أراد الرجوع فإنه يشهد على ذلك أو يستأذن القاضي، وألا لم يرجع بما اتفق في الحكم أما في الديانة فله الرجوع، وقيل : إن قصد الرجوع رجع ولو لم يحكم به حاكم. البدائع ٣٤/٤، الحاوي ٤٨٤/١١، المواهب ٢١٢/٤، لبحر الرائق ٢١٨/٤.

الشرط الثاني: العجز عن الكسب^(١):

لكي تجب النفقة للابن يشترط عدم قدرته على الكسب، فإن عجز عن الكسب لكونه صغيراً أو مجنوناً أو أعمى أو أشل أو مقطوع اليدين أو الرجلين ونحو ذلك من العوارض المانعة من الكسب ولا مال له، وجبت نفقته على أبيه أو من تلزمه النفقة، أما إن قدر على الكسب لم تجب لأنه بذلك يكون مستغنى بكسبه والغناء بالكسب كالغناء بالمال فلم تجب على غيره.

الشرط الثالث: القدرة على الإنفاق^(٢) :

والقدرة على ذلك تكون بأمرين :-

الأول: أن يكون للمنفق مال يزيد عن حاجته وحاجة زوجته^(٣).

الثاني: القدرة على الكسب، فإذا كان له مال أو لم يكن وقدر على الكسب وجب عليه أن ينفق على أولاده، ومن يعول، إذ القدرة على الكسب تجرى عليه حكم الغنى وتسلبه حكم الفقر.

وإن كان للأب مال لكنه لا يكفيه أو لا يزيد عن حاجته فلا يجب عليه نفقة الأولاد عملاً بحديث أبي هريرة أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله عندي دينار فقال له: تصدق به على نفسك قال:

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة .

(٣) بعض الفقهاء يقدمون نفقة الزوجة على نفقة الأبناء إذا لم يسعها جميعاً وبعضهم يسوى بينهما مواهب الجليل ٢١١/٤، المحطى ١٠/١٠٠، المغنى ٥٩٣/٧، عميرة على شروح المحطى ٨٤/٤.

عندي آخر، قال : تصدق به على ولدك، قال : عندي آخر قال :
تصدق به على زوجك^(١).

فقد بين الحديث أن الإنسان يقدم نفسه بالنفقة على غيره فإن فضل
عنده شيء بعد نفقة نفسه ينفقه على غيره من الأولاد والزوجة والقرابات
الأخرى.

ثم إن هذه النفقة موساة فلا تجب على محتاج كالزكاة.

الإسلام:

ليس من شروط وجوب النفقة للولد على أبيه اتحاده الدين^(٢) أو
إسلامهما ، فتجب النفقة للابن الذي أعطى حكم الإسلام بإسلام أمه على
أبيه غير المسلم وذلك لعموم الأدلة الموجبة للنفقة حيث لم تفرق، ولوجود
الموجب وهو البعضية، إذ الولد بعض أبيه وجزءه وهذا لا يختلف
 باختلاف الدين فلا يختلف الحكم للمتعلق به.

وعن أحمد في رواية^(٣) لا تجب مع اختلاف الدين لأنها موساة
على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه
وإرثه منه.

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) القيدق ٣٦/٤، المواهب ٢١١/٤، الاقتاع ١٨٦/٢، المحلى على المنهاج مع قليوبي ٨٤/٤،

السيل الجرار ٥٧/٢، حاشية ابن عابدين ٦٨٣/٢، المبدع في شرح المقنع ٢٢٠/٨.

(٣) للمبدع في شرح المقنع ٢٢٠/٨.

المطلب الثالث

مقدار النفقة

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه النفقة فهل هي مقدرة بشئ معين أو بقدر الكفاية من غير أن يكون هناك حد؟ وللإجابة على ذلك نقول:

لم يوجد بين الفقهاء خلاف في أن نفقة الابن الواجبة على أبيه غير مقدرة بل المعتبر فيها هو ما يكفي من الخبز والادم^(١) بقدر العادة، وكذلك الكسوة والسكنى اللاتقيين به وكذلك أجر الطبيب وثمان الأذوية^(٢).

فلما كانت الحاجة تختلف باختلاف السن والرغبة ونحو ذلك لم نوجب قدرا لازما لا يتعداه واعتبرنا حال الكفاية، غير أنه إن كان الأب موسرا فإنه يؤمر بالتوسيع عليه في النفقة وإن كان مضيقا عليه فبحسب قدرته واستطاعته قال تعالى: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾^(٣) والفرق بين أهل السعة والضيق وبين أهل الفقر والشدة لا يخفى على أحد في كل عصر ومصر.

(١) ويمكن دفع قيمة ذلك من النفق بل هو الأولى - يراجع تكملة المجموع ١٤٨/٢٠، البحر الرائق ١٩٠/٤، ١٩١، حاشية المدنى على كنون ٢٧٣/٤.

(٢) للمبسط ١٨٥/٥، الاتفاق ١٨٦/٢، ١٨٧، المغنى ٥٩٥/٧، المسيل الجرار ٤٤٨/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٨٥/٤ تكملة المجموع للطبعي ٢٠٧/٢٠.

(٣) بعض آية ٧ من سورة الطلاق.

وإنما اعتبرنا حال الكفاية في نفقة الابن عملاً بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لهند : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " (١) حيث قدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية من غير أن يحد في ذلك قدراً لا تتعدها. ثم إن هذه النفقة وجبت للحاجة ولدفع المواساة فقدرت بما يندفع به، وهو مقدار الكفاية.

المطلب الرابع

دفعها للحاضنة

إذا كانت نفقة المحضون واجبة على أبيه فهل يدفعها إلى من يحضنه أم يكفي أن يطعمه عنده؟ يرى بعض المالكية (٢) أن الأب إن شكى ضياع نفقة ابنه فلراد أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة لأمه أو من يقوم مقامها أن له ذلك حيث جعلوا الحضانة أن يأوى إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته، وفرق بعضهم بين المؤسر وغيره حيث ألزموا المؤسر بدفع نفقة ولده إلى الحاضنة أما غيره فإن أدعى أنه لا يقدر على دفعها وطلب أن يطعم ولده عنده وتبين صدق قوله فإن له ذلك، وإن تبين أنه غير صادق وأنه يريد الإضرار بالحاضنة لم يمكن من ذلك وتُدفع النفقة للحاضنة، والأصح وهو الذي عليه الجمهور وهو المشهور عند

(١) سبق تخريجه.

(٢) مواهب الجليل والنتاج والإكليل ٢١٩/٤، ٢٢٠.

المالكية^(١) أن لمن كان الولد في حضانته من أم أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووطاء وأن على الأب أن يدفعها إليها^(٢) لأنها أرفق بالأولاد، وإن قال الأب إنها لا تتفق وتضيق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمانة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع بغير حجة ولا يحق له أن يطعم الولد عنده ولا يجاب إلى ذلك إن طلب ولو سلم الحاضن له بذلك، لأن في هذا الفعل ضرر على الولد، وعلى الحاضنة أيضاً، إذ الأطفال لا ينحصر الوقت الذي يأكلون فيه وأكلهم متفرق، ثم إنه يؤدي إلى الإخلال بصيانتهم فمنع منه لذلك.

(١) المبسوط ١٨٥/٥، المدونة ٣٦٢/٢، ٣٦٥، المواهب والتناج ٢١٩/٤، ٢٢٠، المغنى ٦١٢/٧، البحر الرائق ٢١٦/٤، ٢٢٠.

(٢) ويقتدر قبض النفقة بالاجتهاد من الحكم على الأب بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شهر، ومن أعيان أو أثمان وبالنظر لحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه، يراجع الشرح الكبير مع النسوي ٥٣٣/٢.

المطلب الخامس

ضمان النفقة

إذا قبضت الحاضنة نفقة الولد ثم ادعت ضياعها، فإنها تضمنها^(١) إلا لبينة على الضياع من غير سببها فلا تضمن، لأنها لم تقبضها لحق نفسها ولا هي متمحضة للأمانة بل أخذتها لحق المحضون فتضمنها كالرمان والحواري.

المطلب السادس

حبس الأب في نفقة الصغير

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه لتوفر شروطها فامتنع من دفعها إلى الحاضنة أو امتنع من الإنفاق عليه كان للقاضي أن يحبسه فيها^(٢) لأن في النفقة دفع الهلاك عن الولد^(٣)، ولأنها تسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس سقط حق الولد رأساً فكان في حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء.

والأصح أنه ليس في ذلك مدة مقدرة لأن الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه إلى القاضي، وقيل يعاقب

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي ٥١٣/٢، ٥١٤، القواكه اللواتي ١٠٤/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٨٧/٢، المبسوط ٢٢٤/٥، ٥٢٢، منحة الخلق مع البحر الرائق ٢٣٥/٤، الحلوى الكبير ٤٩٩/١١.

(٣) إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فنفع قصده بالحبس، البدائع ٣٨/٤.

بالضرب^(١) ولا يحبس لأن هذا الحق لا يستترك بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمن فيمستترك بالضرب وكل من وجبت عليه النفقة فامتنع عوقب بذلك.

المطلب السابع

من تجب عليه النفقة عند موت الأب أو إعساره

سبق أن ذكرنا أن نفقة الابن واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد متى توفرت الشروط السابقة أما عند عدم وجود الأب أو كونه معسرا وغير قادر على الكسب فقد اختلف فيمن تجب عليه نفقة الصبي على عدة آراء:-
١- ذهب الحنفية^(٢):

إلى التفريق بين حال الإعسار بالنفقة وحال موت الأب. فعند إعساره بالنفقة يؤمر الأم إن كانت مؤسسة بأن تتفق من مالها على الولد ويكون ذلك ديناً على الأب إذا أيسر، فإن لم تكن أم ووجد جد أو عم فإنه يؤمر بالنفقة على أن يرجع بها على الأب عند يساره لأن استحقاق النفقة على الأب ولكن الإنفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله في أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك ديناً عليه إذا أيسر، وإن اجتمع أم وجد موسرين قُدمت الأم لأنها أقرب إلى الصغير، هذا إذا لم يكن الولد قادراً على الكسب ولم يكن له مال وإلا كانت النفقة في ماله أو يؤمر بالكسب والإنفاق على نفسه.

(١) البدائع ٣٨/٤.

(٢) المبسوط ٢٢٢/٥، ٢٢٧، البدائع ٣٢/٤، ٣٣، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

أما في حالة موت الأب، فإن لم يوجد إلا واحد ممن تجب عليهم النفقة^(١) كانت كل النفقة عليه متى استجمع شرائط الوجوب، وفي حالة اجتماع أكثر من واحد ممن تجب عليهم النفقة يقدم الأقرب في قرابة الولادة، ولو كان كل منهم وارثاً، فإن لم يمكن الترتيب قسمت النفقة عليهم على قدر ميراثهم، أما في قرابة للرحم فيقدم بقوة القرابة فإن استووا قدم بقوة الميراث، فإن كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث كانت النفقة على الوارث فقط، وإن كانا وارثين كانت النفقة عليهما على قدر الميراث^(٢).

وعلى هذا فعند موت الأب ولم يوجد إلا واحد فقط ممن تجب عليه النفقة تحملها كاملة كان جداً أو أماً أو أخاً أو عما .. الخ. أما إن تعدد فإن اجتمع جد وأم كانت النفقة عليهما على قدر ميراثهما، الأم الثلث والجد الثلثان لعدم إمكان الترتيب، وإن كان لهما أخ شقيق أو لأب كانت النفقة عليهما اثلاثاً على قدر ميراثهما. وإن كان له جد وجدة كانت النفقة على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرابة والميراث.

وإن كان له عم وعمّة كانت النفقة على العم فقط لأنهما استويا في القرابة المحرمة للقطع وترجح العم بكونه وارثاً.

(١) تجب النفقة عند الحنفية على كل ذي رحم محرم لأن سبب وجوبها هو القرابة المحرمة للقطع، البدائع ٣١/٤.

(٢) وهذا التفريق بين الميراث والميراث إنما هو على ظاهر المتن والمصحح أن الميراث يجمع كل الميت، فعند اجتماع الأم والجد تكون النفقة عليهما اثلاثاً، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

وإن كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فكانت النفقة عليه.

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ حيث علق سبحانه وتعالى وجوب النفقة في قرابة الولادة باسم الولادة أما في غيرها من الرحم المحرم فلا تجب بحق الولادة وإنما تجب بحق الوراثة، بقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ففي قرابة الولادة تجب بالقرابة دون نظر إلى الميراث أما في قرابة الرحم المحرم فيجب بقدر الميراث، وإنما قلنا أن المراد بالوارث هو ذى الرحم المحرم لا كل وارث عملاً بقراءة ابن مسعود - وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك .

القول الثاني:

وذهب إليه الحنابلة في ظاهر المذهب^(١) وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وابن أبي ليلى وأبو ثور^(٢) أن النفقة تكون على الوارث لا فوق في ذلك بين قرابة الولاد وغيرها.

(١) وعن أحمد رواية أخرى - أن الصبي الموضع نفقته على الرجال دون النساء - المعصبات

- وهو قول الأوزاعي لما روى أن عمر حبس عصبية ينفقون على صبي الرجال دون

النساء، المعنى ٥٨٩/٧.

(٢) المعنى ٥٨٩/٧، وما يليها.

وعلى هذا فإن لم يكن للصبي أب كانت النفقة على وارثه
فإن كان واحداً فعليه النفقة كاملة، وإن كانا اثنين أو ثلاثة أو أكثر فالنفقة
بينهم على قدر ميراثهم الرجال والنساء في ذلك سواء، فإن اجتمع أم وجد
فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، على قدر ميراثهما، وإن اجتمع أم
وأخ شقيق فعلى قدر ميراثهما أيضاً وكذا لو اجتمع جدتان فعلى قدر
ميراثهما وهكذا.

واستدل الحنابلة لذلك:

بقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾
إلى قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ حيث أوجب الله على
الوالد نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فوجب عليه ما وجب على
الأب.

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا - آراء الحنفية والحنابلة ومن وافقهم يتبين لنا أن
كلاهما قريب من الآخر لا يختلفان إلا في أمرين : الأول: طريق الحنفية
بين موت الأب وإعساره.

الثاني: أن الحنابلة لا يوجبون النفقة إلا على الوارث أما ذوى الأرحام
فلا تجب عليهم نفقة بخلاف الحنفية حيث يقولون بوجوبها على كل ذى
رحم محرم وإن قدم بها الأقرب عن الأبعد.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية^(١):

أن الأب إذا عدم أو أعسر بالنفقة، فلا تجب على أحد بعده من الأقارب ولو موسرين بل يعد الأولاد من فقراء المسلمين، وعلى هذا لا تجبر الأم ولا الجد ولا غيرهما من الأقارب على النفقة على الأبناء وإن استحب لهم ذلك فإن انفقت الأم أو الجد كان ذلك منهما تبرعاً وأمرأ مستحباً وليس واجباً.

القول الرابع: وذهب إليه الشافعية^(٢):

إذا مات الأب أو أعسر وجبت النفقة على الجد أبي الأب ثم أباه وإن علون، يقدم بها الأقرب على الأبعد، فإن لم يوجد من الأجداد أحد كانت واجبة على الأم.

ودليلهم على ذلك:

أ- أن الجد يسمى أباً فيأخذ حكمه عند عدمه ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يا بني آدم﴾ ^(٣) حيث سمنا أبناء وسمى آدم أباً وكما في قوله تعالى: ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾ ^(٤) حيث سماه أباً وإن كان جداً بعيداً.

ب- إن الجد يقوم مقام الأب في الولاية، ويختص دون الأم بالتعصيب فوجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة.

(١) المدونة الكبرى ٣٦٢/٢، الشرح الكبير مع حاشية المنوقى ٥٢٣/٢، التاج والإكليل ٢١٤/٤.

(٢) الحلو ٤٧٩/١١، وما يليها.

(٣) بعض آية ٢٦ من سورة الأعراف.

(٤) بعض آية ٧٨ من سورة الحج.

أما دليل انتقالها إلى الأم عند عدم الجد وآبائه فقوله تعالى:
﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾^(١) حيث أوجب عليها ما
عجز عنه الأب من الرضاع، فلزم أن يجب عليها ما يعجز عنه من
النفقة لعسرته أو لموته.

وإذا وجد الجد فلم يعجز الأب لقيام الجد مقامه، فلا يجب عليها
النفقة إلا عند عدم الأب وأبائه أو إعساره.

الاختبار:

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن الاستدلال به لكل رأى فإنني ألاحظ
أن من قال بوجوب النفقة على للوارث من الرجال والنساء ومن قال
بوجوبها على العصبية فقط ومن قال بوجوبها على كل ذى رحم محرم
اعتمدوا على عموم قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ وعلى قراءة
ابن مسعود (وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك) وهو لا
يصلح متمسكا لهم.

أ- أما قراءة ابن مسعود فهي قراءة شاذة فلا يجوز العمل بها وإلا
أدى ذلك إلى الطعن في القرآن.

ب- أما عموم الآية - وعلى الوارث مثل ذلك - فإن أهل التأويل
قد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً فحمله ابن عباس على ترك المضارة أى
على الوارث أن لا يضار وعلى هذا فلا غرم على أحد من الورثة ولا
يلزمه نفقة ولد الموروث.

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

وحمله غيره على من يرث الأب فعليه مثل ما كان على الأب من أجر الرضاع.

واختلفوا في المراد بالوارث فقيل هو من يرث الأب رجلاً كان أو امرأة، وقيل هو من كان ذا رحم محرم للمولود وقيل هو المولود نفسه. والسبب في هذا الخلاف هو الخلاف في الإشارة في قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ - فمنهم من رده إلى جميع ما تقدم من إيجاب، النفقة وتحريم الإضرار ومنهم من قال لا يرجع إلا إلى الأخير وهو تحريم الإضرار وعلى هذا يكون لفظ الوارث في الآية مجملاً فلا يحل حمله على أحد هذه المعاني إلا بدليل فسقط الاستدلال به^(١). أما ما ذهب إليه الشافعية من إقامة الجد مقام الأب وإلزامه بالنفقة فغير مسلم لأن أموال الناس محظورة.

فلا يخرج شيء منها إلا بدليل وما قالوه لا يصلح لإلزام الجد بالنفقة مع وجود الدليل على حرمة الأموال إلا بحقها أما إيجابهم النفقة على الأم بعد الجد وإبائه - استدلالاً بالآية: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾.

فغير مسلم أيضاً لأن الله أوجب لها الأجر مقابل الرضاع ثم بين أن عند التعاسر ترضع له أخرى ولو كان واجباً عليها، ما كان لها أن تمتنع وإذا لم يلزمها الرضاع لم يلزمها النفقة، ثم إنه لا تلازم بينهما.

(١) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/٨٠ وما بعدما فتح الباري لابن حجر، ٩/٤٢٤،

الميل الجرد ٢/٤٥٧.

ويدل لذلك حديث أم سلمة^(١) حيث دل على أن نفقة بنيتها غير واجبة عليها إذ لو وجبت لبينها رسول الله ﷺ ولما قالت ولست بتاركتهم، فإنفاقها عليهم كان على سبيل الفضل والتطوع لا على سبيل الإلزام. وبناء على ذلك فإني أرى أن القول بعدم لزوم النفقة لغير الأب هو الأولى بالاتباع، وعلى ذلك فإن مات الأب ولا مال للصغير، فإنه يستحب لأقربائه أن ينفقوا عليه يقدم بذلك الأخص به فالأخص والأم أخص به من غيرها فتقدم، فإن لم تفعل أو كانت معسرة فالجد ثم الأخ وهكذا الأقرب فالأقرب فإذا لم يقدّم به أحد كان على الإمام القيام به من بيت المال.

وإنما استحب لأقربائه القيام به لأن هذه النفقات مما يصدق عليها أنها صلة للأرحام فإذا لم يوجد دليل ينتهض على وجوبها فهي من أفضل القرب وأعظم للطاعات المقربة إلى الله ﷻ.

(١) وهو ما روى أنها قالت : يا رسول الله هل لي أجر في بني أبي سلمة أن نفق عليهم ولست بتاركتهم هكذا وهكذا إنما هم بني قال نعم لك أجر ما أنفقت عليهم ، فتح الباري ٤/٢٤٤، السنن لابن ماجه ١/٥٨٧.

المبحث الثاني

رضاع المحضون

إذا كان المحضون رضيعاً فهل تجبر الأم على الإرضاع أم لا ؟
وهل تستحق الأجر على الإرضاع أم لا ؟ وعلى من تجب أجرة
الرضاع ؟ هذا ما سنتناوله بالبحث في هذه المطالب :

المطلب الأول

لا تجبر الأم على الإرضاع إلا في مسائل

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد رضيع فحضنته أمه أو غيرها
وهو في حاجة إلى الرضاع فلا تجبر الأم ^(١) أو غيرها على الإرضاع
إلا في ثلاث مسائل :

١- إذا تعينت للارضاع ^(٢).

ولا تتعين للرضاع إلا في حالتين :

الحالة الأولى : أن لا يوجد غيرها :

(١) هذا عند الجمهور أما ابن حزم فيرى أنها تجبر على رضاعه حولين إلا إذا تعلمت المطلقة

مع أبي الصغير فلم يتفقا على الأجر، يراجع المحلى ١٠/١٠٧.

(٢) يراجع البدائع ٤/٤٠، البحر الرائق ٤/٢١٩، التاج والإكليل مع المواهب ٤/٢١٣، ٢١٤،

الشرح الكبير مع حاشية النسوقى ٢/٢٢٥، ٢٢٦، تكملة المجموع ٢٠/٢١٢، المغنى

٧/٦٢٥، المسيل الجرار ٢/٤٤٠، فتح القدير ٤/٤١٢، التفسير الكبير للرازي ٣/٤١٣، ٤٢٢،

مختصر المزننى ص ٢٣٤.

فإذا لم يوجد من يرضع الطفل غيرها فإنها تجبر على الإرضاع
إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد فكان ذلك موضع ضرورة وحفظاً لنفس
الطفل، وما كان كذلك فإنها تجبر عليه.
الحالة الثالثة : أن لا يقبل الطفل غيرها:

فإذا وجد من يرضع الطفل غيرها لكنه لم يقبل ثدى غيرها فإنها
تجبر ^(١) على إرضاعه إما أو غيرها ^(٢) وسواء أمكن تغذيته بالدهن وغيره
من المائعات أولاً، لأن في ذلك تعريض الطفل للموت إذ قصر الرضيع
الذى لم يأمن الطعام على الدهن وغيره يكون سبباً في تمرضه وموته.
٢- إذا كان للطفل وأبوه معتمدين:

فإذا لم يكن للولد والوالد مال يستأجر منه من يرضعه فإن الأم
تجبر على إرضاعه ^(٣) وسواء في ذلك أن يوجد غيرها أو لا يوجد أن يقبل
الصبي ثدى غيرها أو لا يقبل.

(١) ويرى بعض الحنفية أنها لا تجبر بل يغذى الطفل بالدهن وغيره من المائعات فلا يضيع. رد
المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢١٩/٤.

(٢) إذا لم يوجد للرضيع أما ووجد غيرها كالظئر ولم يقبل الطفل غيرها فإنها تجبر على
رضاعة ابتداء وقبل على استئجاره رضاعه، رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢٢٠/٤.

(٣) بلبنها إن كان لها لبن أو تستأجر من يرضعه من مالها إن كان لها مال، ولا ترضع بالأجرة
على الأب أو الصبي، إذا لم ير عند المالكية سواء كانت لرضعته أو لسترضعت له من مالها
لأنها أسقطت عنهما بعدهما، وعند الحنفية تجمل الأجرة ديناً ترجع بها الأم على من أيسر
منهما، منحة الخلق مع البحر الرائق ٢١٩/٤، ٢٢٠، رد المحتار ٦٧٥/٢، المصنف والشرح
الكبير ٢٢٥/٢، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

٣- يجب على الأم إرضاعه ألباً^(١).

ينفرد الشافعية^(٢) عن بقية الفقهاء في القول بأن على الأم إرضاع ولدها ألباً - أول اللبن - سواء كانت متعينة للإرضاع أم لا ، كان للولد والوالد مال أو لم يكن لهما مال، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به.

أما فيما عدا هذه المسائل فإن الأم لا تجبر على الإرضاع خاصة إذا لم تكن في عصمة الزوج^(٣) عند الجمهور من أهل العلم^(٤) حتى قال ابن قدامة^(٥) لا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً، لكن ذكر الماوردي للخلاف في ذلك عن أبي ثور وابن حزم^(٦).

حيث يريان وجوب الإرضاع على الأم مطلقاً كانت في العصمة أو لا .

(١) ألباً بهمز وقصر - غير ممنود - وهو اللبن النازل أول الولادة ومنته بسيرة وغير مقدرة بزمان فيرجع فيها لأهل الخبرة وقدرها البعض بثلاثة أيام - الإقناع ١٨٧/٢، قليوبي على شرح المحلى ٨٦/٤.

(٢) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

(٣) أما التي في عصمة الزوج - ولو مطلقة طلاقاً رجعيّاً لا تزال في العدة - فعند الجمهور لا تجبر ، وعند أبي ثور وابن أبي ليلى وابن حزم تجبر ، وعند المالكية إن كانت شريفة لا تجبر وإن كانت دنية تجبر ، رد المحتار ٦٧٥/٢، المنصوفي والشرح الكبير ٥٢٥/٢ ، ٥٢٦ ، الحاوي ٤٩٥/١١ ، ٤٩٦ ، المنذرى ٦٢٧/٧ ، المحلى ١٠٧/١٠ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) للمنذرى ٦٢٧/٧.

(٦) الحاوي ٤٩٥/١١ ، تكملة المجموع ٢٠/٢١٠ ، المحلى ١٠٧/١٠.

ويستدلا لذلك بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ ^(١).

فذلك أمر والأمر يقتضى الوجوب، وما وجب صح فيه الإيجاب ولو لم تتعين.

وما ذهب إليه الجمهور هو الأرجح لقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسوكم فسترضع له أخرى ﴾ ^(٢) ومعناه إن أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى، ومعنى تعاسرتم تضايقتم وتشاكنتم فليسترضع لولده غيرها وهو خبر في معنى الأمر.

ولقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾ ^(٣) فهذا من ألفاظ التخيير، ومع التخيير يسقط القول بالإيجاب.

أما ما استدل به أبو ثور وابن حزم فهو محمول على الإخبار حيث أنه يخرج مخرج الخبر لا الأمر.

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) بعض آية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) بعض الآية ٦٠ من سورة الطلاق.

المطلب الثاني

طلب الأجر على الإرضاع^(١).

إذا أرضعت الحاضنة الولد - فهل لها طلب الأجر على ذلك ؟
علمنا مما تقدم أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها خاصة التي ليست في
عصمة الزوج^(٢)، فإن أرادت إرضاعه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال:

الأول :

أن تطلب إرضاعه متطوعة بغير أجر فتكون أحق بإرضاعه^(٣)
من غيرها، وسواء وجد الأب من يرضعه بغير أجر أو لا ، فلا يحق له
انتزاعه منها.

ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين
كاملين ﴾ .

(١) ينبغي أن يعلم أن أجره الرضاع غير نفقة الولد ، فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفي عن
نفقة الولد، لأن الولد لا يكفيه اللبن بل يحتاج معه إلى شيء آخر كما هو المشاهد خصوصاً
الكسوة فيقرر له للقاضي نفقة غير أجره الإرضاع وغير أجره الحضنة. فعلى هذا تجب على
الأب ثلاثة أجرة الرضاع وأجرة الحضنة ونفقة الولد ، البحر الرائق ٢٢٢/٤.

(٢) الأم التي في عصمة الزوج لا تستحق الأجرة على الرضاع، لأنها تستحق النفقة على الزوج
وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين - البدائع ٤١/٤، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٣) البدائع ٤٠/٤، الموسقى مع الشرح الكبير ٥٢٦/٢، الحلو ٤٩٦/١١، المغنى ٦٢٩/٧،
تكملة المجموع ٢١١/٢٠، السيل الجرار ٤٤١/٢، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١، مختصر
المزني ص ٢٣٤.

ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " لا توله والدته عن ولدها " (١) دل الحديث على حرمة ذلك للنهي عنه وفي نزاع الولد منها توليه لها فكان حراماً.

ولأن الأم أحسن عليه وأشفق ، ولبنها أدر عليه وأوفر ، ولأنه يستمرئه أكثر من استمراء غيرها ، ولأن في انتزاع الولد منها أضراراً بها وأنه منهي عنه بقوله تعالى : ﴿ لا تضار والدته بولدها ﴾ أي لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهي تريد إمساكه وإرضاعه.

الثاني :

أن تطلب رضاعه بأكثر من أجره للمثل.

إذا طلبت الأم لرضاعه بأكثر من أجر المثل ووجد الأب من ترضعه بأجر مثله أو متبرعة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : وذهب إليه الحنفية (٢).

أن للأب أن يسترضع لولده غيرها ولا يلزمه دفع الأجرة الزائدة، لكنه لا ينزع من الأم (٣)، لأن حق الحضانة لها فلا يملك الأب إبطاله،

(١) الحديث في سنن البيهقي ٥/٨، نصب الرأية ٣/٢٦٦، التلخيص الحبير ٣/١٥.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٨، البحر الرائق ٤/٢٢١.

(٣) والظاهر أن كل من تثبت لها الحضانة لها حكم الأم فلا ينزع الطفل منها وإنما يأتي بالمرضعة لترضعه عندها، رد المحتار ٢/٦٧٥.

وعلى هذا فإن الأب يأتي بمرضعة لأبنه بأقل مما طلبت الأم ترضعه عند الأم^(١).

وبلبل ذلك:

أن لكل من الأب والأم حق وقد تعارض الحقان ولا يمكن الجمع بينهما إلا بذلك.

أما الأب فحقه أن لا يجبر على دفع الزيادة التي تطلبها الأم، وأما الأم فحقها في الحضانة وأن لا تخرج الولد عنها والله يقول : ﴿ لا تضلر والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾ وقد أمكن الجمع بين الحقيين بعدم نزاع الولد من أمه وعدم إلزام الأب بتلك الزيادة بما قلنا فوجب المصير إليه.

القول الثاني :

وذهب إليه الشافعية والحنابلة والزيدية^(٢).

أنها إذا طلبت أكثر من أجر المثل تسقط حضانتها^(٣) فيكون الأب أحق بالولد ليسترضع له غيرها بأجر المثل أو أقل.

(١) لا يلزم المرضعة أن تمكث عند الأم بل لها أن ترضعه ثم تعود إلى دارها، كما لها أن تطلب لإخراجه إلى فناء الدار لترضعه فيه، رد المختار ٦٧٥/٢.

(٢) للحوى ٤٩٦/١١، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٠، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٣) يرى المالكية والشافعية أن الأم إن امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها كان لها ابن أو لا، والظاهر وبه قال الحنابلة أنها لا تسقط حضانتها إلا إذا كان لها ابن وامتنعت عن الإرضاع، لما إذا لم يكن لها ابن فلا تسقط حضانتها، وعند الحنفية لا يسقط حقها في الحضانة مطلقاً، تراجع : رد المختار ٦٦٧/٢، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى : ٢٢٩/٧، مواهب الجليل ٤/٢١٤.

أما أحقية الأب به فلقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ ومعنى تعاسرتم اختلقتم، والأم بطلبها أكثر من أجره المثل قد تعاسرت فجاز للأب أن يعدل به عنها إلى غيرها وأما سقوط حقها في الحضانة فلأنها قد اشتطت بطلب ما ليس لها فدخلت في عموم قوله تعالى : ﴿ فسترضع له أخرى ﴾ ولأن ما لا يوجد بثمن المثل فهو كالمعدوم.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية (١).

أن الأم أحق برضاعه وترد إلى أجر مثلها. فإن طلبت أن ترضعه بأكثر من أجر المثل — بمائة مثلاً — ووجد الأب من يرضعه بخمسين — أقل من أجر المثل — فإن الأم تكون أحق برضاعه بأجر مثلها لا بالخمسين التي طلبتها الأم .

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه ، لما فيه من التوفيق بين جميع الحقوق، حق الأب في أن لا يلزمه أكثر من أجل المثل، وحق الأم في أن لا يفارقها ولدها، وحق الولد في أن يرضع من لبن أمه.

فإن أبت أن ترضعه إلا بأكثر من ذلك فإن للأب أن يسترضع له لكن لا يسقط حق الأم في الحضانة بل يسترضع له من ترضعه عند أمه كما هو قول الحنفية.

(١) مواهب الجليل ٢١٤/٤.

الثالث: أن تطلب رضاعه بأجر المثل:

إذا طلبت الأم - وكانت حاضنة للولد - أن ترضعه بأجر المثل فلا يخلو ذلك من أحوال ثلاثة :

أ- أن يجد الأب من يرضعه بأجر المثل أو أكثر:

وفي هذه الحالة تكون الأم أحق برضاعه من غيرها اتفاقاً^(١).

لأن حق الإرضاع لها بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فلتوهن أجورهن ﴾.

فإذا لم يجد الأب من ترضعه بأقل مما ترضعه به الأم لم يكن له أن يحوله عنها، لأنه يكون بذلك مضاراً لها ومفوئاً لحقها حيث رضى بنفع مقدار إلى الأخرى ولا يرضى بنفع مثل ذلك إلى الأم.

ثم أن الأم استوت مع الأجنبية فيما طلبته من أجر، وامتازت الأم عنها بفضل الحنو والشفقة ولبنها أمراً للولد من لبن غيرها فكانت أحق.

ب - أن يجد الأب من يرضع الطفل مجاناً:

إذا طلبت الأم أجر المثل وقال الأب^(٢) إنه وجد من ترضعه بغير

أجر فقد اختلف للفقهاء فيمن يكون أحق بالولد؟ الأم أم الأب؟

وخلافهم يتمثل في الآتي:

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، التاج والإكليل ٢١٤/٤، الحلو ٤٩٧/١١، المغني ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافي

لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣.

(٢) ويصدق الأب بيمينه في وجود المتبرعة أو التي ترضع بأقل من أجر المثل - حاشية قليوبي

على شرح المحلى ٨٦/٤، تكملة المجموع ٢١٣/٢٠ مختصر المزي - ص ٢٣٤.

١- ذهب الحنفية والشافعية في الأظهر^(١):

إلى أن الأب يكون أحق برضاعه لقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ ولأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، ولأن في إلزامه بما تطلبه الأم أضرار به والله يقول : ﴿ لا تضرر ولادة بولدها ولا مولود له بولده ﴾ إلا أن عند الحنفية لا ينزع للطفل من أمه فتاتى المرضعة - المتبرعة - فترضعه عند أمه .

أما عند الشافعية فينزع من الأم وتسقط حضانتها بذلك كما سبق.

٢- وذهب المالكية^(٢) والشافعية في مقابل الأظهر ، والحنابلة والزيدية^(٣).

أن الأم أحق برضاعه بأجر المثل، لأن الله جعل الحق في الإرضاع لها، كما جعل لها الأجر عليه بقوله : ﴿ فلئن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾ حيث أوجب لها الأجر على الإرضاع من غير فرق بين أن يجد الأب من ترضع الولد غيرها متبرعة أو بأقل من أجر المثل فلا يسقط حقها، ثم إنها أشفق على الولد وأحنى من غيرها، كما أن رضاعها أحظ للولد وأدر عليه وأمرأ فصارت به أحق.

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، البدائع ٤١/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٦/٤، الحاوى ٤٩٧/١١.

(٢) هذا إن قال غدى من ترضعه غدى مجافاً بالاتفاق وكذلك لو قال غدى من ترضعه عند أمه مجافاً، يراجع حاشية النسوقى على الشرح الكبير ٥٢٦/٢.

(٣) الحاوى ٤٩٧/١١، شرح المحلى ٨٦/٤، المعنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافي ٣٨٠/٣، المسيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لما فيه من رعاية حق الأم وحق الولد، أما أن الأب يلزمه المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، فلأن الله ألزمه بذلك بقوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ لِأَجُورِهِنَّ ﴾ .

ج- أن يجد الأب من يرضعه بأقل من أجر المثل:
فقد اختلف للفقهاء في من يكون أولى منهما بإرضاعه على النحو التالي :

١- ذهب المالكية والحنابلة والزيديّة^(١).

إلى القول بأن أمه أحق به بأجر المثل، لأن الله جعل الرضاع لها وجعل لها الأجر على ذلك بقوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ لِأَجُورِهِنَّ ﴾ وهي لم تطلب أكثر من أجر المثل فكانت غير مضارة، فلا يسقط حقها في الإرضاع، وإن وجد الأب من يرضعه بأقل فلم تكن مضارة في طلب أجر مثلها فكانت أحق برضاع الولد.

ولقوله تعالى : ﴿ وَاللَّوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَبْنَاءَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ولأن الأم أحنى عليه وأشفق فكانت أحق من غيرها.

٢- وذهب الحنفية^(٢):

إلى القول بأن الأب أحق بالولد يسترضع له من يجدها بأقل من أجر المثل.

(١) النسوي والشرح الكبير ٥٢٦/٢، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٠، المغني ٧/٦٢٧، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٨، البدائع ٤/٤١، المغني ٧/٦٢٨.

لأن الأب لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها.
ولأن الله جعل له الحق في أن يسترضع غيرها عند التعاسر بقوله : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾.

والأم لم ترضى إلا بأجر المثل والأب لا يرضى بأن يدفع ما
تطلبه الأم من زيادة فكانا متعاسرين فيجوز له الإرضاع.

٣- أما الشافعية فيقولون ينظر إلى قدر نقصان الأجرة^(١).

فإن كان بقدر زيادة الإدرار وفضل الاستمراء كانت الأم أحق لأن
نقصان الأجر يعتبر في مقابلة نقصان اللبن وتترجح الأم بفضل
الحنو.

أما إن كان النقصان عن أجر للمثل أكثر من فضل الإدرار
والاستمراء فقولان:

الأول:

أن الأب أحق فيسترضع له أخرى.

الثاني:

أن الأم أحق لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾.

الاختيار:

والذي أميل إليه من هذه الأقوال هو أن الأم أحق به بأجر المثل
ولو وجد من ترضعه مجاناً أو بأقل لأن الله جعل الرضاع للأم بقول :
﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وأمر بإعطائهن الأجر على الرضاع

(١) الحلوى ٤٩٧/١١.

بقوله: « فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُمْ أَجُورَهُنَّ » من غير فصل بين أن يكون هناك من يرضع مجاناً أو بأقل من أجل المثل، ولأنها في طلب أجر المثل ليست متعاصرة بل هي تطلب حقاً أعطاها الله إياه فكان إرضاع الأجنبية مع وجودها تقويماً لحقها في الرضاع وحقها في الحضنة، كما أن فيه إضراراً بالولد فلم يجز.

المطلب الثالث

على من يجب أجر الرضاع

مما لا خلاف عليه أن الرضيع إن كان له مال - من ميراث أو هبة ونحو ذلك فإن أجر رضاعه يكون في ماله^(١)، قياساً على نفقته أثناء الرضاع وبعدها، حيث تكون في ماله بالاتفاق فكذا أجر رضاعه وسواء كانت مرضعته هي الأم أو أجنبية.

أما إذا لم يكن له مال فإن أجر رضاعه على أبيه إن كان موسراً ولا يشاركه في ذلك أحد^(٢).

١- ودليل ذلك قوله تعالى: « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ».

وقوله تعالى: « فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُمْ أَجُورَهُنَّ ».

(١) رد المحتار على الدر المختار ٦٧٦/٢، البحر الرائق ٢٢٢/٤ الشرح الكبير مع الدر المنثور

٥٢٥/٢، ٥٢٦، الفواكه الدواني ١٠١/٢، المواهب والتاج ٢١٣/٤، ٢١٤، الانقاع ١٨٧/٢،

تكملة المجموع ٢٠/٢٠، المنى ٥٨٢/٧، ٥٨٤، ٦٢٧، المحلى ١٠٦/١٠.

(٢) المصادر السابقة نفس الصفحات، المبسوط ٢٠٨/٥، أحكام القرآن للجصاص، ٥٥٠/١.

حيث يستفاد من الآيتين وجوب أجر الرضاع على الأب فالآية الأولى توجب عليه نفقة للرضعة^(١) لأجل الولد، فوجب عليه أجر رضاعه من باب أولى.

أما الآية الثانية ففيها أمر للآباء بإيتاء أجر الرضاع بعد الطلاق فدل على أن نفقة للرضاع كلها على الأب.

٢- أما دليل ذلك من المعقول فهو :

أن بعد للفرقة بين الزوجين لا يكون للرضاع مستحقا على الأم لا دينا - بالكسر - ولا دينا - بالفتح - ثم إن النفقة بعد الفطام على الأب لا يشاركه فيها أحد باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه، فكذا قبل الفطام تكون مؤنة الرضاع عليه.

تسليم الأجر إلى المرضعة:

إذا ثبت أن أجر رضاع الصبي في ماله إن كان له مال أو في مال الأب إن كان موسرا، فإن هذا الأجر يسلم إلى من ترضعه^(٢) سواء كانت حاضنة له أم لا لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ حيث أوجب الله ذلك بقوله فارتوهُن بصيغة الأمر وهي للوجوب، ثم إن ذلك أجرا ملكته عليه بالإرضاع فلزمه تسليمه إليها كسائر الأجور ولا

(١) هذا في حال قيام الزوجية - أو بقاء العدة، أما بعد البيونة فلا نفقة لها، فوجب لها عليه أجر الرضاع لأن إلزامها به مجتبا مع عجزها وقطاع نفقتها عن الأب مضارة لها فساغ لها أخذ الأجرة بعد البيونة، حاشية ابن عابدين ٢/٦٧٥.

(٢) يقول ابن عابدين نقلا عن الخصاف، ٢/٦٧٦، فإن ألقضت عدتها وطلبت أجر الرضاع فهي أحق به وينظر القاضي بكم يجد امرأة غيرها فيأمر بنفق ذلك إليها لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ٤ ﴾.

تسقط بموته بل تجب لها في تركته وتشارك غرماءه فهي كغيرها من أصحاب ديونه^(١).

ومدة الرضاع التي تستحق عليها الأجرة حولان^(٢)، فإن أرضعته أكثر من حولين لم تستحق أجرة على الزائد وإنما تستحق الأجرة على إرضاعها له في حوليه إلا أن يتراضى الأبوان على الزيادة أو النقصان فيعمل على تراضيهما، فإن اختلفا عمل على تقديره بالحولين شرعا لقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾.

من يجب عليه رضاعه عند موت الأب أو إصابته:

إذا أعسر الأب ولم يكن للصبي مال فإن الأم تجبر على إرضاعه^(٣) إلا أن المالكية يقولون لا ترجع بالأجر - سواء أرضعته بنفسها أو استأجرت من يرضعه - على الأب أو الصبي إذا أيسر^(٤). أما الحنفية فيقولون تكون الأجرة ديناً على الأب^(٥) ترجع بها إن أيسر.

أما إذا مات الأب فقد اختلف الفقهاء في من يجب عليه أجر رضاعه كاختلافهم في من تجب عليه نفقته عند موت الأب وقد سبق بيان

(١) البحر الرائق ٢٢١/٤، حاشية رد المحتار ٦٧٦/٢، المضي ٦١٢/٧.

(٢) التفسير الكبير للرازي ٤١٤/٣، رد المحتار ٦٧٦/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية أما عند الشافعية فلا تجبر على الإرضاع ويسترضع لسه وأجر

رضاعه على من تلزمه نفقته، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٤) النسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، مواهب الجليل وفتاى ٢١٤/٤.

(٥) منحة الخالق على البحر ٢٢٠/٤.

ذلك ^(١) إلا أن للمالكية وجوبون عليها الإرضاع سواء مات الأب أو
أعسر ولم يكن للصبي مال ولا وجوبون عليها للنفقة.

(١) يراجع صـ وما يليها من هذا البحث كما يراجع التاج والمواهب ٢١٤/٤.

المبحث الثالث

أجرة الحضانة والمسكن^(١)

المطلب الأول

أجرة الحضانة

إذ طالبت^(٢) الحاضنة بالأجرة لحضانتها للولد فهل تستحق ذلك أم لا وعلى من تجب؟ يفرق في ذلك بين أن يكون للولد مال أم لا.

أ- إن كان للطفل مال من هبة أو ميراث أو غيرهما فعند الحنفية والشافعية^(٣) لها ذلك سواء كانت الحاضنة غنية أو فقيرة وتكون الأجرة من مال الصغير وسواء في ذلك أن يكون والد الطفل حيا أو ميتا ، غنيا أو معسرا.

لأنها حبست نفسها في تربيته فوجب لها ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة وإذا جازت الأجرة للأُم جازت لغيرها من باب أولى.

(١) وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع والتي سبق أن تحدثنا عنها البحر الرائق ١٨١/٤ ، ٢٢٢ ، رد المحتار ٦٣٧/٢ .

(٢) يرى للشافعية أنها لو حضنت مدة من غير أن تطالب بأجرة على حضانتها للصغير لم يكن لها أن تطالب بها عن تلك المدة، لكن لها أن تطالب بها عن ما يستقبل فقط ، يراجع تقارير الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٤/٢ .

(٣) منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨١/٤ ، تقارير الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٤/٢ ، ١٩٥ ، حاشية قليبوي ٨٨/٤ .

أما للمالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن للأم^(١) الأجرة إن كانت فقيرة، أما إن كانت غنية فلا نفقة لها ولا أجرة في مال الصبي عند مالك في قوله المرجوع إليه^(٢) وكذلك عند الحنابلة على القول بأن الحضنة حق عليها^(٣) حيث لا تستحق الأجرة على ما هو مستحق عليها.

أما وجوب الأجرة لها إن كانت فقيرة فلأن نفقة الأم الفقيرة واجبة في مال ابنها المؤسر فكانت مستحقة لها من حيث فقرها لا من حيث كونها حاضنة له بدليل أنها تستحق النفقة إن كانت فقيرة وابنها مؤسر ولو لم تحضنه.

أما إن كانت غنية فلا نفقة لها في مال الابن ولا أجرة لها على الحضنة إذ هي حقها والإنسان لا يستحق الأجرة على شيء مستحق له. والذي أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من وجوب الأجرة في مال الصغير إن كانت الحاضنة فقيرة - سواء كانت أم أو غيرها - أما الأم فلأنها إن لم تستحق الأجرة فإنها تستحق النفقة في مال الصغير، وأما غير الأم فلأنها حبست نفسها على تربيته وليس لها ما تتفق على نفسها منه فكان لها الأجرة .

(١) يلاحظ أن كلام المالكية في الحضنة إذا كانت أم للمحضون أما غيرها فلا تستحق النفقة إذ لا تجب على الولد إلا لوالديه فقط، للقولك الدواني ١٠٤/٢.

(٢) وبه أخذ ابن القاسم وكان يقول ألا ينفق على الحضنة من مال الغلام، للدسوقي والشرح الكبير ٥٣٤/٢، التاج ٢٢١/٤.

(٣) أما على القول بأن الحضنة حق للحاضن فلها الأجرة الفروع وتصحيح الفروع ٦١٧/٥، للمبدع ٢٣٦/٨.

أما إن كانت غنية فأرى إن هي تأيمت لأجل المحضون وكانت هي القائمة بأمره أن يكون لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها فكان من النظر للولد كونه في نظرها وخدمتها، وإن لم تكن تأيمت لأجله أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة إن خدمتهم بقدر حضانتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بذلك وإنما هي ناظرة فيما يصلح للولد لم يكن لها شيء لا نفقة ولا أجرة.

ب- إن كان الولد معدما:

إذا كان الولد معدما لا مال له فإما أن يكون أبوه^(١) مليا أو معسرا.

١- أن يكون غنيا:

إذا كان والد الطفل ذو مال.

فقد اختلف الفقهاء في وجوب الأجرة عليه على قولين:

القول الأول:

وبه قال الحنفية^(٢) والشافعية في المذهب^(٣) وهو قول عند الحنابلة^(٤).

(١) هذا إذا كان الأب حيا فإن كان ميتا لم تستحق الأم الأجرة لا في مال الصبي ولا على من تلزمه نفقته لوجوب التربية عليها حتى تجبر على الحضنة إذا امتعت.

(٢) رد المحتار ٢/٦٣٤، وما بعدها، منحة الخلق ١٨١/٤.

(٣) وقيل لا أجرة لها بعد الفطام، حاشية قليوبي وعسيرة على شرح المحلى ٨٨/٤.

(٤) المبدع ٨/٢٣٦.

إن للحاضنة أن تطلب أجره على حضانتها ويجبر الأب عليها ولو لم تكن مرضعة^(١).

لأنها إذا حضنته فقد حبست نفسها في تربيته فوجب لها على الأب ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجره للحضانة ، ولأن نفقة الصغير واجبة على الأب إن كان غنياً ، ومن جملتها الإنفاق على حاضنته ، فلم تكن أجره من كل وجه بل لها شبه بالأجرة وشبه بالنفقة ، وسواء في استحقاق الأجرة أن تكون الحاضنة أمّاً أو غيرها ، لأن الأم إن استحققت الأجرة على الحضانة كان استحقاق الأجنبية لها من باب الأولى.

القول الثاني :

وذهب إليه المالكية^(٢) والحنابلة في القول الآخر^(٣) أن الحاضنة لا تستحق أجره على الحضانة لا من الأب ولا من غيره ، لأن الحضانة حق عليها ، ولا أجره لأحد على قيامه بما هو مستحق عليه ، ولأن نفقتها إنما وجبت على الأب حال النكاح ، أو في العدة لمكان الزوجية وحق الحبس للثابت له عليها أما بعد انتهاء العدة فلا نفقة لها عليه.

(١) هذا مشروط بكونها غير منكحة لأبي المحضون أو معتدة منه وإلا لم يكن لها أجره على حضانتها للطفل إذ هي مستحقة عليها ديانة ولاستحقاقها النفقة على الأب. منحة الخالق ١٨١/٤.

(٢) الفواكه الدواني ١٠٤/٢ ، المنسوقى ٥٣٤/٢.

(٣) هذا على القول بأن الحضانة حق على الحاضن المبدع ٢٣٦/٨ ، الفروع ٦١٧/٥.

فإذا ثبت عدم استحقاقها للأجرة لوجوب الحضنة عليها، وعدم استحقاقها النفقة على أب الصبي لم يكن لها عليه شيء لا نفقة ولا أجرة حضنة، وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه إذ لا يجب للإنسان أجر على فعل شيء مستحق عليه.

٢- أن يكون الأب معهما:

إذا كان الأب معسرا لا مال له، وحضنته الأم بلا مقابل فلا اشكال.

وإن رفضت أن تحضنه إلا بأجر وتبرعت أجنبية^(١) بحضنته فإنه لا ينزع من الأم بل تحضنه بأجر المثل عند الحنفية^(٢).

لأن في دفع الصغير إلى الأجنبية ضرر به فلا يعتبر معه الضرر في المال لأن حرمة دون حرمة، وإن تبرعت بحضنته من تستحق الحضنة كالعمة والخالة ونحوهما من غير أن تمنع أمه من رؤيته وتعهده ففي الصحيح عندهم يقال للأم أما أن تمسكه مجانا وأما أن تدفعه إليها. أما الشافعية^(٣) والحنابلة في قول^(٤).

فيرون أن لها أن تحضنه بالأجرة وتكون دينا على الأب حيث جعلوا مؤنة الحضنة على الأب من غير تقييد.

(١) ويراد بالأجنبية من ليس لها حق في الحضنة.

(٢) منحة الخالق ١٨١/٤.

(٣) وقيل تكون على من يلزمه نفقته، وهي عند الإصرار ولجة على الجد وإن علا فإن لم يوجد وجب على الأم أن تحضنه بغير أجر لوجوب نفقته عليها في هذه الحالة، يراجع حاشية الشيخ عميرة ٨٨/٤، تقارير الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٤/٢، ١٩٥.

(٤) وهو اعتبار الحضنة حق للحاضن.

أما المالكية^(١) وهو قول عند الحنابلة^(٢) فيرون أن لا أجره لها وتحضنه مجاناً، لأنهم يقولون لا أجره لها على الحضانة إن كانت غنية من غير فصل بين غنى الأب أو فقره. والذي أراه راجحاً أن لا أجره لها على الحضانة فإن قلنا الحق لها فإنها تجبر على حضانتها مجاناً. وإن قلنا أنها حق عليها فبما أن تحضنه مجاناً وأما أن تسلمه لمن تبرعت بحضانتها مجاناً سواء كانت ممن يستحق الحضانة أو لا ، إذ عدم حضانتها ترك لحقها فيها.

(١) راجع الدسوقي ٥٣٤/٢.

(٢) على اعتبار أن الحضنة حق على الحاضن

المطلب الثاني

أجر المسكن للحاضن والمحضون

مما يتعلق بما سبق حق السكنى للحاضن والمحضون، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت أجره المسكن الذي يحضن فيه الطفل على الأب أو من تلزمه نفقته وعدم ثبوتها وحاصل خلافهم يتمثل في الآتي:

أولاً:

بالنسبة لسكن الطفل نجد أن الفقهاء شبه مجمعون^(١) على أن أجره المسكن الذي يحضن فيه الطفل تكون من مال الطفل إن كان له مال أو من مال من تلزمه نفقته^(٢)، كالأب عند يساره أو غيره من كل ذي رحم محرم أو من الورثة فقط على خلاف في هذا وقد سبق في النفقة^(٣).

ولعل السبب في هذا هو أن السكنى من النفقة وهي واجبة في مال الطفل إن كان له مال وإلا فعلى من تلزمه نفقة الطفل.

(١) لم يشذ عن ذلك إلا المالكية في قول حيث يرون أن الأب إن كان في مسكن يملكه أو بكراء ولا يزداد عليه شيء في سكنى الولد معه أن لا شيء عليه في أجره سكنه مع الحاضنة لأنه في مندوحة من دفع الأجر في سكنائه، وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها لأجل سكنائه فعلى الأب الأكل مما يزداد عليها أو عليه لأجله فإن كان ما زيد عليها أقل لأخته لأنه لقدر الذي أضرب بها وإن كان ما يزداد عليه أقل غرمه لأنه مما لم يكن له بد لو كان عنده. يرجع لتاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٢٠/٤.

(٢) رد المحتار والدر المختار ٦٣٧/٢، ٦٧٠، ٦٧٦، القسوقي ٥٣٣/٢، قليوبي على شرح المعلى ٨٤/٤، الفروع ٥٩٥/٥.

(٣) يرجع ص من البحث.

ثانياً: أجر مسكن الحاضن:

اختلف الفقهاء في لزوم أجره المسكن الذي تقيم فيه الحاضنة مع الطفل وذلك على قولين:

القول الأول:

للحاضن أجر المسكن الذي تحضن فيه الطفل من ماله أو من مال من تلزمه نفقته.

ذهب إلى ذلك الحنفية في الأظهر^(١) والمالكية في المشهور^(٢).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن أجره المسكن من النفقة وهي لازمة في مال الطفل أو في مال من تلزمه نفقته.

٢- قد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً أو لها مسكن بكواء أو ربما تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجره مسكن لتحضن فيه الولد.

٣- إن المحضون إن احتاج إلى خادم فإنه يلزم الأب به، فكان الزامه بأجرة المسكن أولى إذ احتياجه إلى المسكن مقدم على احتياجه إلى الخادم.

(١) هذا عندهم مشروطاً بأن لا يكون لها مسكن خاص بها فإن كان لها مسكن تقيم به ويكون الولد تبعاً لها من غير أن يزداد عليها في كرامه لأجله لم يكن لها أجره، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) الدسوقي والشرح ٥٣٣/٢، التاج والإكليل ٢٢٠/٤.

القول الثاني :

لا يجب للحاضنة أجر المسكن، لأن وجوب أجر الحضانة لا يستلزم وجوب المسكن.

ذهب إلى ذلك الحنفية في قول^(١) وبه قال ابن وهب من المالكية^(٢).

وعلى هذا فإن على الحاضنة ما يخصها من أجر المسكن، وعلى الطفل ما يخصه من ماله أو من مال من تلزمه نفقته، بأن يجعل نصف أجر المسكن على الحاضن ونصفه على أبي المحضون، أو ثلثها على أبي المحضون وثلثاها على الحاضن أو العكس، أو توزع على الرؤوس.

الترجيح:

والذي أميل إليه هو أن أجر مسكن المحضون يكون من ماله إن كان له مال، أو من مال من تلزمه نفقته لأن أجره المسكن من جملة النفقة وهي واجبة في ماله إن كان وإلا فعلى من تلزمه نفقته، أما أجره مسكن الحاضنة فإني أرى أن يكون من مال الطفل إن كان له مال وكانت الحاضنة أمه وهي فقيرة لا مسكن لها، أما إن كان لها مسكن بحيث يسكن معها المحضون تبعاً فلا.

(١) هذا عندهم في مقابل الأظهر، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) هذا القول هو مقابل المشهور في المذهب، يرجع التاج والمواهب ٢٢٠/٤.

وإن لم يكن للطفل مال فإني أرى أن لا حق لها في أجر المسكن على أبي المحضون أو من تلزمه نفقته، خاصة على القول بأن الحضانة حق عليها حيث لا حق لها أن تطالب بالأجر لشيء مستحق عليها، وحتى على القول بأن الحضانة حق للحاضن لم يكن لها أجر المسكن فإما أن تقبل حضانته بغير أجره المسكن أو تتركها لغيرها إذ لا تجبر عليها، ولأن الحاضنة ليست زوجة لأبي المحضون ولا معتدة منه فلا سكنى لها.

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع الحضانة والأحكام الفقهية المتعلقة بها

— فإنني أجمل أهم نتائج هذه الدراسة في النقاط التالية :

١- أن الإسلام قد أهتم بمعالجة الآثار التي يمكن أن تنجم عن افتراق الزوجين خاصة ما يتعلق منها بالأطفال الصغار حتى لا يؤثر ذلك الفراق وما يتبعه من مشكلات على هؤلاء الأبناء.

٢- أوجب الإسلام رعاية الأبناء على الآباء أو من يقوم مقامهما عند الافتراق كما كان ذلك واجباً عليهما قبل الفراق، بما يصلحهم وينشئهم تنشئة سليمة حتى يشبوا صالحين نافعين لمجتمعاتهم وأوطانهم.

٣- أوجب الإسلام هذا الحق للأبناء الصغار حتى يشبوا ويصيروا قادرين على إعالة أنفسهم كما أوجه لكل من بلغ منهم غير قادر على إعالة نفسه كالمجنون والزمن.

٤- أن الحضانة إنما هي لحظ المحضون فلا تثبت لمن كانت حضانته لا مصلحة فيها للمحضون وإن كان أقرب الناس إليه، فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا فاسق ولا كافر في أرجح الأقوال.

٥- إن الأنثى المستحقة للحضانة يسقط حقها فيها بزواجها بأجنبي من المحضون خاصة إذا كان هناك ضرراً يعود عليه من هذا الزواج.

٦- من سقط حقه في الحضانة لسبب من الأسباب يعود له ذلك الحق بمجرد زوال السبب للمانع كالزواج والفسق والكفر ونحوها.

- ٧- لا أثر للمسافر في إسقاط حق من له الحضانة سواء كان هو المسافر أو من ينازعه فيها.
- ٨- أن أولى الناس بحضانة الطفل أمه وذلك بالإجماع ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخوات ، ثم الأخوة ثم الخالات ، ثم العمات والأعمام في الأرجح، وإن هذا الترتيب اجتهدى روعى فيه مصلحة الصبي بتقديم من كان أكثر شفقة وصيانة على غيره.
- ٩- أن نفقة المحضون وأجر رضاعه في ماله إن كان له مال وإلا ففي مال من تلزمه نفقته وأنها لا تقدر بشئ بعينه بل المراعى فيها كفاية المحضون.
- ١٠- إن للأم الحاضنة إذا كانت مرضعة الحق في أجر رضاعه في ماله أو في مال أبيه بشرط أن لا يزيد عن أجر المثل.
- ١١- إن للحاضنة الحق في طلب أجر الحضانة من مال الطفل أو من مال من تلزمه النفقة سيما إذا كانت أما للمحضون وهى فقيرة وللصغير مال إذ نفقتها في هذه الحالة واجبه عليه.
- ١٢- إن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون في ماله إن كان له مال، وإلا ففي مال من تلزمه نفقته، أما أجر سكن الحاضن فمن مال نفسه إلا إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وهى فقيرة وهو موسر، حيث تكون نفقتها واجبة عليه ومن جملة ذلك أجر السكن الذى تقيم فيه.

والله تعالى أعلم ، ،

مصادر البحث

أولاً: القرآن الكريم وعلومه

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أحكام القرآن لأبى بكر الجصاص - المكتبة التجارية مكة المكرمة.
- ٣- الجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد القرطبي - ط دار الغد العربى.
- ٤- مفاتيح الغيب - أو التفسير الكبير لفخر الدين الرازى - ط دار الغد العربى.

ثانياً: الحديث وعلومه :

- ١- التلخيص مع المستدرک للإمام الذهبي ط دار المعرفة بيروت.
- ٢- الجامع المختصر من السنن - المعروف بـسنن الترمذى - ط دار الفكر.
- ٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى ط مصطفى الحلبي.
- ٤- السنن الكبرى لأبى بكر أحمد بن الحسين البيهقي - ط دار المعرفة - بيروت.
- ٥- السنن لأبى داود سليمان بن الأشعث السجستاني - ط دار الريان.
- ٦- السنن لابن ماجة القزويني - ط دار الريان للتراث.
- ٧- صحيح البخارى لمحمد بن إسماعيل البخارى - ط دار الفتح الإسلامى الإسكندرية.

٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني - ط دار الريان.

٩- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري - ط دار المعرفة - بيروت.

١٠- المصنف لعبد السرازق بن همام للصنعمانى - ط المكتب الإسلامى.

١١- الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح للزرقانى - ط دار الفكر.

١٢- منتهى الأخبار بشرح نيل الأوطار لابن تيمية - ط دار التراث - القاهرة.

١٣- نيل الأوطار للإمام الشوكانى ط - دار التراث - القاهرة.

١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى - ط دار الحديث - القاهرة.

ثالثاً: اللغة:

١- القاموس المحيط للفيروز أبادى - المطبعة الأميرية.

٢- المعجم الكبير إصدار مجمع اللغة العربية - الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٣- المعجم الوسيط إصدار مجمع اللغة العربية - الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٤- مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى ط - دار الحديث - القاهرة.

- ٥- النظم المستعذب في شرح غريب المذهب لابن بطلال الركبي -
مع المذهب - ط دار الفكر.

رابعاً: الفقه:

أ- الفقه الحنفي:

- ١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني - ط دار الكتاب العربي
- بيروت .
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي - ط دار المعرفة
- بيروت.
- ٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ط - دار احياء
التراث العربي بيروت.
- ٤- حاشية الطائي مع شرح للكنز لمحمد بن يونس الطائي - ط
مصطفى الحلبي .
- ٥- الدر المختار للحصكفي مع حاشية رد المحتار - ط دار إحياء
التراث العربي .
- ٦- شرح الكنز للعيني - ط مصطفى الحلبي.
- ٧- العناية على الهداية للبايرتي مع فتح القدير - ط دار الفكر.
- ٨- فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد
المعروف بابن الهمام - ط دار الفكر.
- ٩- المبسوط للمرخمي - ط دار المعرفة - بيروت.
- ١٠- منحة الخالق لابن عابدين مع البحر الرائق - ط دار المعرفة -
بيروت.

١١- الهداية شرح بداية المبتدى لعلی بن أبی بكر المرغینانی — ط دار الفكر.

ب- الفقه المالکی:

١- التاج والإکلیل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق — ط دار الفكر.

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد عرفة الدسوقي — ط فيصل الحلبي .

٣- حاشية الرهوني على شرح للزرقاني لمختصر خليل ط — دار الفكر — بيروت.

٤- حاشية للمدنی على كنون بهامش حاشية الرهوني — ط دار الفكر — بيروت.

٥- الشرح الكبير للدريز مع حاشية الدسوقي — ط فيصل الحلبي .

٦- شرح للزرقاني على الموطأ ط دار الفكر.

٧- الفواكه النوانی على رسالة ابن أبی زيد القيروانی — للنفسراوی المالکی — مطبعة مصطفى الحلبي .

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم — مطبعة السعادة — مصر.

٩- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للخطاب — ط دار الفكر.

ج- الفقه الشافعي:

١- الاقتناع في حل ألفاظ أبی شجاع للشربيني الخطيب — ط عيسى الحلبي.

- ٢- الأم لمحمد بن إدريس الشافعي — ط دار المعرفة — بيروت.
- ٣- تكملة المجموع للشيخ المطيعي — ط مكتبة الارشاد بجدة.
- ٤- تقارير للشيخ عوض ومجموعة من العلماء مع الاقناع — ط عيسى الحلبي .
- ٥- حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى — مع قليوبي — ط فيصل الحلبي .
- ٦- حاشية قليوبي على شرح المحلى — ط فيصل الحلبي .
- ٧- الحاوي الكبير للماوردي — ط دار الكتب العلمية — بيروت.
- ٨- شرح المحلى على المنهاج مطبوع مع قليوبي — ط فيصل الحلبي.
- ٩- المذهب للشيرازي — ط دار الفكر.
- ١٠- مختصر المزني لإسماعيل بن يحيى — ط دار المعرفة — بيروت.

د- الفقه الحنبلي:

- ١- تصحيح الفروع لأبي الحسين علي بن سليمان المرداوي — ط عالم الفكر.
- ٢- شرح منتهى الإيرادات لمنصور بن إدريس البهوتي — ط دار الفكر.
- ٣- الفروع لأبي عبد الله محمد بن مفلح — ط عالم الفكر.
- ٤- الكافي لابن قدامة المقدسي — ط المكتب الإسلامي .

- ٥- المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن محمد بن مفلح - ط
المكتب الإسلامي .
- ٦- مجموع فتاوى ابن تيمية - مؤسسة قرطبية - الهرم .
- ٧- المغنى لابن قدامة المقدسى على مختصر الخرقي - مكتبة
الكلية الأزهرية .

هـ - الفقه الظاهري:

- ١- المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن حزم الأندلسى - ط دار
التراث - القاهرة .

و- الفقه الزيدى:

- ١- البحر الزخار للجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى -
ط دار الكتاب الإسلامى .
- ٢- السيل الجرار المنتفخ على حدائق الأزهار للشوكانى - ط دار
الكتب العلمية .

ز- مراجع عامة:

- ١- البداية والنهاية لابن كثير - ط دار الغد العربى .
- ٢- حياة الحيوان للدميرى .
- ٣- المقادير الشرعية والأحكام الفقهية لمحمد نجم الدين الكردى .

★★★★★

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٢	مقدمة
١٥	تمهيد
١٥	تعريف الحضنة
١٧	حكم الحضنة
١٨	تعيين الحضنة
٢٠	من تثبت عليه الحضنة ووقت ثبوتها
٢٥	الفصل الأول: شروط استحقاق الحضنة
٢٦	المبحث الأول: القدرة على الحضنة
٢٦	المطلب الأول الجنون والسفر
٢٧	المطلب الثاني : العاهة المضرة
٢٨	المطلب الثالث: العجز عن القيام بحق المحضون
٣٠	المبحث الثاني : أمانة الحاضن
٣٠	المطلب الأول: ما يعد فسقا تسقط به الحضنة.
٣٢	المطلب الثاني : للخلاف في سقوط حضائنة الفاسق
٣٥	المبحث الثالث : إسلام الحاضن
٤١	المبحث الرابع: عدم زواج المستحقة للحضنة

الصفحة	الموضوع
٤٢	المطلب الأول : إذا كان الزوج قريباً.....
٤٣	المطلب الثاني: إذا كان الزوج غير قريب للمحضون
٥٣	المطلب الثالث : عود الحضانة للمرأة.....
٥٩	المبحث الخامس : أثر السفر في سقوط حضانة الأنثى
٦٠	المطلب الأول : السفر القريب
٦٣	المطلب الثاني : المسافة البعيدة
٧٣	المطلب الثالث : عود الحضانة بالعود من السفر
٧٤	المطلب الرابع : الاختلاف في نوع السفر.....
٧٥	الفصل الثاني : المستحقين للحضانة.....
٧٦	المبحث الأول : أفراد النساء بالحضانة
٧٦	المطلب الأول : مراتبهن في الحضانة
٨٨	المطلب الثاني : غاية حضانة المرأة
١٠٥	المبحث الثاني : أفراد الرجال بالحضانة
١٠٥	المطلب الأول : المستحقون للحضانة من الرجال
١٠٧	المطلب الثاني : مراتبهم
١١١	المبحث الثالث : اجتماع للرجال والنساء

الصفحة	الموضوع
١١١	المطلب الأول : فيمن يقدم بالحضانة
١١٨	المطلب الثاني : لا يسقط حق الفرع في الحضانة إسقاط الأصل لحقه
١٢٠	الفصل الثالث: نفقة المحضون وأجر الحضانة
١٢٠	المبحث الأول : نفقة المحضون
١٢١	المطلب الأول: نفقة المحضون على أبيه
١٢٤	المطلب الثاني : شروط وجوب النفقة
١٢٧	المطلب الثالث : مقدار النفقة
١٢٨	المطلب الرابع : دفعها للحاضنة
١٣٠	المطلب الخامس: ضمان النفقة
١٣٠	المطلب السادس : حبس الأب في نفقة الصغير
١٣١	المطلب السابع: من يجب عليه النفقة عند موت الأب أو إعساره
١٣٩	المبحث الثاني : رضاع المحضون
١٣٩	المطلب الأول : لا تجبر الأم على الإرضاع إلا في مسائل
١٤٣	المطلب الثاني : طلب الأجر على الإرضاع...
١٥١	المطلب الثالث : على من يجب أجر الرضاع

الصفحة	الموضوع
١٥٥	المبحث الثالث : أجر الحضنة والمسكن
١٥٥	المطلب الأول: أجرة الحضنة
١٦١	المطلب الثاني : أجر المسكن للحاضن والمحضون
١٦٥	الخاتمة
١٦٧	مصادر البحث
١٧٣	فهرس الموضوعات



التكييف الفقهي للإقالة

دراسة مقارنة

إعداد

علي أحمد علي مرعي

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

لنتناول هذا البحث في مطلبين

المطلب الأول : أضمنه كلمة إجمالية عن الإقالة

المطلب الثاني : أوجز فيه التكييف الفقهي للإقالة

المطلب الأول

كلمة إجمالية عن الإقالة

معنى الإقالة:

الإقالة لغة ^(١) مأخوذة من القيل بمعنى الرفع والإزالة قال فى القاموس قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته واستقاله طلب إليه أن يقله وتقابل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها. أما الإقالة فى اصطلاح ^(٢) الفقهاء:

فقد عرفها قوم بأنها رفع العقد والرفع جنس فى التعريف وبإضافة الرفع إلى العقد خرج رفع ما سوى العقد. ويلاحظ على هذا التعريف أن الرفع فيه مطلق يشمل رفع العقد بطريق الإقالة وغيره كرفع العقد بحكم الحاكم أو رفعه باستقلال أحد العاقلين متى ثبت له هذا الحق وعلى هذا يكون التعريف المذكور غير مانع ومن نتبع كلام الفقهاء فى الإقالة وما يتعلق بها من مسائل يمكن أن تعرف بما يلى:

الإقالة اتفاق العاقلين أو من يقوم مقامهما على نقض حكم العقد الواقع بينهما بشروط مخصوصة.

وقولنا اتفاق جنس فى التعريف يشمل كل اتفاق خرج عنه الاختلاف وبإضافة اتفاق إلى العاقلين خرج به اتفاق ما سواهما وقولنا أو

(١) القاموس المحيط مادة قيل.

(٢) ومن هؤلاء صاحب التتوير وشارحه وصاحب رد المحتار وابن نجيم راجع رد المحتار ج٤ ص ١٥٠ ، البحر الرائق ص ١١٠.

من يقوم مقامهما قيد لإدخال بعض صور الإقالة كأن تقع بين وكيلين
العاقدين أو بين أحدهما ووكيل الآخر.

وقولنا على نقض إلى آخره بيان لمحل الإقالة خرج بذلك الاتفاق
على إنشاء عقد جديد.

مشروعية الإقالة :

الإقالة مشروعة باتفاق الفقهاء والدليل على مشروعيتها السنة
والإجماع والمعقول.

أما السنة: فما رواه أبو داود وابن ماجه بسندهما عن أبي هريرة
رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : " من أقال مسلما بيعته أقال الله عزته " .

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ رغب في الإقالة ووعد
فاعليها بالثواب ولو كانت غير مشروعة ما فعل بصدها ﷺ ما فعل .

وأما الإجماع: فقد نقله كثير من الفقهاء والمحدثين منهم صاحب
سبل السلام^(١) وابن نجيم.

وأما المعقول : فحاجة الناس إليها في معاملتهم فإن العاقد قد يندم
على ما أقدم عليه ولا يجد أمامه طريقا إلى التحلل من العقد فشرع الله

الإقالة وندب إليها لإزالة الغم عن النادم وتفريج الكرب عن المكروب.

أركان الإقالة :

اتفق الفقهاء على أنه لا بد في تحقيق الإقالة من عاقلين وصيغة
ومحل على خلاف بينهم في العاقلين والمحل هل يعتبر وجودهما ركنا أو

(١) سبل السلام ، البحر الرائق ١١١/٦ .

شرطا ويشترط في العاقدین أن يكونا أهلا لمباشرة العقد الذي يراد رفعه بالإقالة لأن من لا يملك الإنشاء لا يملك الرفع.

ويشترط في الصيغة أن تدل على الإقالة على خلاف بين الفقهاء في المعاطاة هل تصح بها الإقالة أو لا ؟

أما محل الإقالة فهو العقد الذي ترد عليه ومن العقود ما يصلح لأن يكون محلا للإقالة باتفاق الفقهاء كعقود المبادلات المالية التي يقصد منها العوض من بيع وإجارة ونحوهما ومن العقود مالا يصلح محلا للإقالة فلا تدخله باتفاق فقهاء المذاهب وهي للعقود التي لا يقصد فيها المعاوضة المحضة كعقد النكاح ومن العقود ما يختلف الفقهاء في أن هل يصلح محلا للإقالة أولا ومن ذلك الحوالة فمن الفقهاء من يرى جواز رفعها بطريق الإقالة ومن هؤلاء الحنفية ومنهم من لا يرى جواز ذلك كالشافعية^(١).

(١) هذا وقد قال العلامة الكمال في الفتح نقلا عن النهاية ما نصه " إذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحذور ولا يكون ذلك إلا بالإقالة.

وفهم من هذا أن الإقالة تتعين طريقا لرفع البيع الفاسد والمكروه فلا يرفع كل واحد منهما إلا بها.

والذي يفهم من كلام الفقهاء ومنهم الحنفية أنه يجب على العاقدین فسخ البيع الفاسد ما دلم المبيع صالحا للرد ويجب على القاضي فسخ مثل هذا التصرف متى لطلع عليه ولو جبرا على المتعاقدين.

قال صاحب الكنز من الحنفية فمن يملك فسخ البيع الفاسد " ولكل منهما فسخه "

ونذكر العلامة الزيلعي أن اللام بمعنى على لأن رفع الفاسد واجب على العاقدین، وقال صاحب الهداية في فسخ البيع الفاسد " ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رقما للفاسد " واستدرك

المطلب الثاني

التكليف الفقهي للإقالة

وبعد هذه الإشارة الموجزة إلى معنى الإقالة ومشروعيتها نبحث
تكييف الإقالة من حيث كونها فسخاً أم بيعاً.

وقد اختلف في هذا الفقهاء فذهب جماعة إلى أن الإقالة فسخ للعقد
السابق وهو الأرجح^(١) عند الشافعية والحنابلة وبه قال زفر من الحنفية ،
وحكاه صاحب البحر عن القاسم والهادي وأبي طالب وأبي العباس وأحد
قولين للمؤيد بالله.

وذهب فريق آخر إلى أن الإقالة ابتداء بيع جديد وممن ذهب إلى
هذا ابن حزم^(٢) وزيد بن علي والناصر وهو رأي مرجوح للشافعية

على هذا العلامة للكمال فقال وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال
وعلى كل واحد فسخه غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من
دعواه.

وقال صاحب الدر ويجب على كل واحد منهما فسخه.

وبين ما نقلناه عن هؤلاء الفقهاء وفيهم الكمل نفسه وبين ما ذكره الكمال أولاً ما يوهم
التعارض لأن فسخ العقد الفاسد لا يتوقف على رضا المتعاقدين والإقالة تتوقف على رضاها
فلا يكون فسخ العقد الفاسد إقالة أو على الأقل لا تتعين الإقالة طريقاً لفسخ العقد الفاسد، وقد
صرح العلامة الكلباسي بأن البيع الصحيح اللازم لا يرتفع إلا بالإقالة أما البيع الصحيح غير
اللازم والبيع الفاسد فيرتفع كل واحد منهما بالفسخ.

راجع فيما تقدم فتح القدير ج ٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج ٤ ص ١٢١ والبدائع ج ٧ ص ٣٣٩٣
البحر الرائق ج ٦ ص ١١١ وما بعدها.

(١) المجموع ج ٩ ص ٢١٥ ، المغني ج ٤ ص ١٢١ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٧٥ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٥٤ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٥٤ .

والحنابلة وإلى هذا ذهب للمالكية إلا في المرابحة وبيع الطعام والأخذ بالشفعة^(١).

وذهب أبو حنيفة^(٢) وصاحباؤه إلى التفصيل بعد اتفاقهم على أن الإقالة بيع بالنسبة إلى غير العاقلين كما اتفقوا على أنها فسخ إن وقعت قبل القبض وكان المبيع منقولا.

واختلفوا فيما سوى هذا فروى عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق العاقلين بيع في حق غيرهما سواء وقعت قبل القبض أو بعده وروى عنه أنها إن وقعت قبل القبض كانت فسخا وإن وقعت بعده كانت بيعا.

وروى عن أبي يوسف أن الإقالة بيع في حق العاقلين وغيرهما إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا وروى عنه أنها ابتداء بيع على كل حال. وقال محمد هي فسخ في حق العاقلين وغيرهما إلا إذا تعذر جعلها فسخا فتجعل ابتداء بيع^(٣).

الأئمة:

استدل من ذهب إلى أن الإقالة فسخ بالسنة والمعقول.

أما السنة: فالحديث السابق^(١) في مشروعية الإقالة ووجه الدلالة من الحديث أن معنى الإقالة الرفع والإزالة وهذا المعنى متحقق في الفسخ فيكون فسخا.

(١) المحلى ج ٩ ص ٥٠٤، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٥٤.

(٢) لما في المرابحة وبيع الطعام قبل القبض فهي حل بيع على تفصيل في هذا عديم ولما في الأخذ بالشفعة فليست بيعا ولا حل بيع بل تصرف باطل.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج ٤ ص ١٣١، لبدائع ج ٧ ص ٣٢٩٣.

وقد يعارض هذا بأنها لو كانت فسخا ما توقفت على رضا العاقدين كالفسخ بخيار الشرط لكنها تتوقف على الرضا فلا تكون فسخا. ويجب أن عن هذا بأنه لا نسلم أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم توقفها على رضا العاقدين وإن سلم فمن الفسخ ما لا يتوقف على الرضا كالفسخ بناء على خيار ومن الفسخ ما يتوقف على رضا العاقدين كالإقالة.

وأما المعقول: فلأن الإقالة تصرف يقتضى رد البيع ولا يصح به عقد البيع ابتداء فكانت فسخا كالرد بالعيب.

واستدل من ذهب إلى أن الإقالة ابتداء بيع بالمعقول من لوجه أحدهما: أن المبيع قد عاد إلى ملك البائع على الجهة التى خرج عليها فلما كانت الأولى بيعا فكذلك الثانية.

ويناقش هذا بمنع المماثلة بين الحالين ولو سلم فهو قياس مع الفرق لأنه الحالة الأولى وقع بلفظ يصح به ابتداء البيع بخلاف الثانية. الوجه الثانى من المعقول: أن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا موجود فى الإقالة فتكون بيعا.

ويناقش هذا بأن الإقالة رجوع عن مبادلة وليس ابتداء مبادلة. والوجه الثالث: وهو قريب من سابقه أن الإقالة تصرف يقتضى الملك بالتراضى فكانت بيعا كالبيع المبدأ.

(١) وعلى هذا فهى نوع من أنواع الفسخ وبينها وبينه عموم وخصوص مجتمعان فى فسخ العقد بعد إزمومه بالاتفاق عليه وينفرد الفسخ باستقلال أحد العاقدين به، فكل إقالة فسخ من غير عكس.

ويناقش هذا بأن منقوض بالبيع المبتدأ بلفظ الإقالة فكان ينبغي أن يصح به البيع وينتقل الملك لكن ذلك غير جائز.

الوجه الرابع: أن الإقالة لو كانت فسخا ما جازت إلا ببرد عين الثمن لأن مقتضى الفسخ رد كل من العوضين إلى صاحبه لكن الإقالة تجوز ببرد عين الثمن وبرد غيره فبطل كونها فسخا فكانت بيعا جديدا.

ويناقش هذا بمنع أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم جوازها إلا ببرد عين الثمن لأن الثمن إما أن يكون في النعمة أو عينا وفي كلتا الحالتين لا يلزم من فسخ العقد رد عين الثمن لأنه إن كان في النعمة فإنه لا يحتمل التعيين وإن عين فهذا شأن ما في النعمة ميجوزا لفسخ مع رد مثل الثمن لا عينة.

وإن كان الثمن عينا معينا فيجوز الفسخ ويرد للثمن عينه إن كان باقيا ويبدله إن فات .

وحاصل مذهب أبي حنيفة وصاحبيه يرجع إلى الآراء التالية.

الأول: الأصل في الإقالة أنها فسخ إلا عند الضرورة فتجعل بيعا.

الثاني : الأصل فيها أنها بيع إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا.

الثالث: الإقالة فسخ في حق العاقدتين بيع في حق غيرهما .

الرابع: الإقالة فسخ قبل القبض وبعده بيع.

وجه للرأي الأول: على أنها فسخ ما سبق في أدلة المذهب الأول

ووجه جعلها بيعا عند تعذر الفسخ أن الأصل في التصرف الصحة إذا

صدر من الأهل في المحل القابل له وجعل الإقالة بيعا عند تعذر جعلها

فسخا أولى من إهدار عبارة العاقد.

ووجه الرأي الثاني : على أنها بيع ما تقدم في أدلة المذهب الثلثي ووجه جعلها فسخا عند تعذر جعلها بيعا صيانة عبارة العاقد عن الإلغاء. ووجه الرأي الثالث: أن كل واحد من العاقلين يأخذ رأس ماله يبدل وهذا معنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار هذا المعنى في حق العاقلين للتتافي فكانت فسخا في حقهما بخلاف غيرهما.

ووجه الرأي الرابع : ما تقدم من أن حقيقة البيع موجودة في الإقالة لكن لو قلنا بذلك قبل القبض لأغنيا عبارة العاقد لأنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه.

ونناقش أدلة الحنفية بأن حقيقة الشيء الواحد لا تختلف والأصل اعتبار الحقائق.

والراجع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهو أن الإقالة فسخ لأنه يجوز لعاقدي السلم أن يتراضيا على الإقالة قبل قبض المسلم فيه باتفاق الفقهاء.

ولو كانت بيعا ما جازت لنهي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه قال ابن قدامة " قال ابن المنذر وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعا^(١).

وعلى هذا يشترط لوقوعها صحيحة ما يلي^(٢).

(١) المنى ج ٤ ص ١٢٢.

(٢) المجموع ج ١٢ ص ٢٦٥، المنى ج ٤ ص ١٢٣، البحر الرائق ج ٦ ص ١١٠، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤٧، أشباه السيوطي ص ١٧٢.

١- رضا العاقدین وحضورهما أو من يقوم مقامهما مجلس الإقالة أما اشتراط الرضا من العاقدین فلأنه لو صح لفرد أحدهما بالإقالة لفات مقتضى العقد هو للزوم إن كان العقد لازماً بالنسبة إلى كل واحد من العاقدین ثم أن حقيقة الإقالة تتمثل فى اتفاق العاقدین على الفسخ وهذا يقتضى رضاهما.

وأما اشتراط الحضور فلأنه لما توقفت الإقالة على رضا العاقدین اشبهت العقد فيشترط حضور العاقدین أو من يقوم مقامهما.

٢- أن تكون بمثل الثمن الأول لأنها فسخ للعقد ومقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى صاحبه.

٣- أن يكون العقد المراد رفعه بالإقالة قابلاً للفسخ لأن الفسخ أعم من الإقالة وإذا انتفى الأعم انتفى الأخص.

وإذا أهلك المبيع فى زمن للخيار بعد أن قبضه المشتري امتنع الفسخ عند الحنفية ورأى مرجوح للشافعية فتمتنع الإقالة .

والراجح عند الشافعية أن هلاك المبيع فى هذه الحالة لا يمنع من الفسخ فتصح الإقالة عندهم بناء على أنها فسخ.

أما على القول بأن الإقالة بيع فيشترط لها ما يشترط للبيع .

.. والله أعلم ، ، ، ،

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٨١	المطلب: الأول كلمة إجمالية عن الإقالة.....
١٨٤	المطلب الثاني : التكليف الفقهي للإقالة.....
١٩٠	فهرس الموضوعات :.....

الاحتكار ووسائل معالجته دراسة فقهية مقارنة

إعداد

الدكتور / جمال محمد يوسف

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

بأسيوط

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُتَكَلِّمًا

إِن الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ونصلي ونسلم صلاة وسلاماً دائماً على أفضل المرسلين وسيد الهداة وعلى آله الطيبين الأطهار، وصحابته الخيرين الأبرار، ورضي الله تبارك وتعالى على كل من سار على درب الهدى واقتفى أثر النبي المصطفى إلى يوم الدين.

وبعد

فإنَّ للتجارة مهنة تعد من أفضل المهن والأعمال إذا بر فيها التاجر، وصديق فقد قال النبي ﷺ: "التاجر الصدوق الأمين من النبيين والصديقين والشهداء"^(١)، وسئل النبي ﷺ: أى الكسب أطيب؟ قال: عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور"^(٢)، غير أن كثيراً من التجار

(١) الحديث: أخرجه الترمذى والحاكم عن أبي سعيد الخدرى، قال الترمذى: حديث حسن، ولاين ماجه نحوه عن ابن عمر.

أنظر: سنن الترمذى ج ٢ ص ٣٤١، وما بعدها ط دار الفكر، المستترك على الصحيحين للحاكم النيسابورى ج ٢ ص ٦ - ط دار المعرفة بيروت - لبنان، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٤، دار الحديث، فيض القدير للمناوى ج ٢ ص ٢٧٨، دار الفكر.

(٢) الحديث: رواه البزار عن رفاعه بن رافع بن خديج، وقال الحاكم صحيح الإسناد. أنظر: المستترك على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١٠، مبدل السلام للصنعمانى ج ٢ ص ٧٨٨ - ط دار الحديث.

لا يلتزمون بالصدق، والعدل واجتناب الظلم فى المعاملة، ويضرون غيرهم بحبس الملع التى يحتاجها الناس عن البيع بقصد رفع الأسعار عليهم، فهولاء قد حولوا نعمة الله كفراء، ولو ثوا رزقهم بالمال الحرام، وجروا على أنفسهم الخسار والبوار، فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: " من احتكر الطعام أربعين يوما ثم تصدق به لم يقبل منه"^(١)، أى لو تيقظ ضمير المحتكر بعدما احتكر طعام المسلمين وضيق عليهم معاشهم ثم تصدق بما اكتسبه من مال حرام لم تكن صدقته كفارة لا ثم الاحتكار؛ لأن الله طيب لا يقبل إلا طيبا.

وكلنا يعلم بحجم المأساة التى نعيشها فى العصر الحاضر من جراء الغش والاحتكار فى مجالات الغذاء والدواء ومواد البناء وغير ذلك من الأمور.

وكما حرم الإسلام الغش تحريما قاطعا وحذر النبى ﷺ بأن من يفعل ذلك فليس من المسلمين، وقال: " من غشنا فليس منا"^(٢) فكل ذلك حرم

(١) الحديث أخرجه ابن عساکر فى التاريخ عن معاذ بن جبل ؓ، ورواه أبو منصور الديلمسى فى مستد الفريوس.

انظر: فيض القدير للمنولى جـ ٦ صـ ٣٥، وما بعدها.

(٢) الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه.

انظر: صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١ صـ ٣٨٦ ط دار الحديث، سنن أبى داود جـ ٣

صـ ٢٧٢ — ط دار إحياء السنة النبوية، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٤٩، مسيل السلام

جـ ٣ صـ ٨٢٠.

الإسلام الاختكار وأبعد النبي ﷺ للمحتكر من درجات الأبرار والمتقين وقال: " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون" (١).

وشعورا منى بأهمية هذا الموضوع في الحياة العملية فقد أختارته للكتاب فيه وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول : الاختكار وأحكامه.

الفصل الثاني : الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاختكار.

ونختم البحث ببيان أهم نتائجه.

وأسأل الله ﷻ أن يجنبنا للخطأ والزلل، وأن يجعل عملنا هذا خالصا لوجهه الكريم: ﴿ ربنا اغفر لنا ذنوبنا وإسرافنا في أمرنا وثبت أقدامنا واتصرننا على القوم الكافرين ﴾ (٢).

صلى الله عليه وسلم

د. / جمال محمد يوسف

(١) سيأتي تخريج هذا الحديث.

(٢) سورة آل عمران من الآية : رقم ١٤٧.

الفصل الأول

الاختكار وأحكامه

تمهيد:

لا ريب أن الاختكار يعد إهدارا لحرية التجارة، فالمحتكر يتحكم في السوق، ويفرض على التجار الآخرين وعلى الناس ما يشاء من أسعار.

والتحكم في السعر بهذه الطريقة يسبب أضرارا اقتصادية واجتماعية خطيرة، ولذلك يتعين علينا أن نبين مفهوم الاختكار، ووصفه أو حكمه الشرعي، وما يحرم احتكاره من السلع، وشروط تحريمه، وحكم ادخار الأقوات الضرورية.

وهذا هو ما سنقوم ببحثه في هذا الفصل في المباحث الخمسة

الآتية:-

المبحث الأول: تعريف الاختكار.

المبحث الثاني: الوصف الشرعي للاختكار.

المبحث الثالث: ما يحرم احتكاره من السلع.

المبحث الرابع: شروط الاختكار المحرم.

المبحث الخامس: حكم ادخار الأقوات الضرورية.

المبحث الأول

تعريف الاختكار

تعريف الاختكار في اللغة:

الاختكار في اللغة: الجمع والحبس فقد جاء في مختار الصحاح

للرازي: "اختكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء"^(١).

والاسم منه الحكر والحكرة، وأصل الحكر: الجمع والامساك،

وحكره يحكره حكرا: ظلمه، يقال فلانا يحكر فلانا إذا أدخل عليه مشقة

ومضرة في معاشرته ومعايشته"^(٢).

تعريف الاختكار في اصطلاح الفقهاء:

تعددت تعريف الفقهاء للاختكار على النحو الآتي:-

فقد عرفه الحنفية بأنه: اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء

أربعين يوما"^(٣).

وعرفه المالكية بأنه: الانخار للبيع وطلب الربح بتقلب

الأسواق"^(١).

(١) مختار الصحاح للرازي ص ٦٢ مكتبة لبنان، وراجع في ذلك أيضا المصباح المنير

للقوي ص ١٤٥، ط دار المعارف، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج ٢ ص ٩٢، ط دار الجيل.

(٢) لسان العرب لابن منظور ج ٢ ص ٩٤٩، ط دار المعارف.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٧ ط دار الفكر، بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش

مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٤٧، ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

وعرفه الشافعية: بأن يشتري الشخص الطعام في وقت الغلاء ويحبسه ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة^(١).
وعرفه الحنابلة: بأن يشتري الشخص القوت للتجارة ويحبسه فيقل فيخلوا السعر^(٢).

وإذا دققنا النظر في هذه التعريفات يتضح لنا ما يلي:

- ١- أن المعنى الاصطلاحي للاختكار يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعنى اللغوي، ولا ريب أنه كلما ارتبط المعنيان فإن التعريف يكون أقرب إلى الفهم والتصور.
- ٢- أن الادخار لغير البيع وطلب الربح لا يصدق عليه وصف الاختكار كما لو أمسك الشخص شيئاً من غلته ليبيعه في زمن الغلاء.
- ٣- أن تعاريف الحنفية، والشافعية، والحنابلة قد نصت على أن الاختكار يكون في الأقوات لا غير في حين أن تعريف فقهاء المالكية لم ينص على ذلك ومن ثم فإن الاختكار عندهم يكون في كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة، وهذا لرأى يتفق تماماً مع علة

(١) لمنتقى شرح الموطأ للباجي ج ٥ ص ١٥ - ط دار الفكر العربي.

(٢) روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ١٣٠ - ط دار الفكر، حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ ص ٩٢.

(٣) كشف القناع للبهوتي ج ٣ ص ١٨٧ - ط دار الفكر.

تحریم الاختكار، إذ أن المقصود من التحريم هو : رفع الضرر عن عامة الناس.

٤- يتضح - أيضا - من تعريف فقهاء الشافعية أن التاجر لو أمسك شيئا من بضاعته وباعها في زمن الرخص فإن هذا لا يسمى احتكارا حيث قيد التعريف البيع بكونه في زمن الغلاء. وعلى ضوء ما سبق فإنه يمكننا أن نضع التعريف التالي للاحتكار هو : حبس السلع التي يحتاجها الناس عن البيع لتقل في الأسواق وتقلو أثمانها.

ومن الجدير بالذكر أن احتكار السلع يوصف في العصر الحاضر: " بالسوق السوداء" وإنها لسوداء فعلا على البائع، لأنه يأخذ أموال الناس بغير حق ولا جهد مما يجعله يستحق اللعن والبغض من الله ﷻ ومن الناس، وهي - أيضا - سوداء على المشتري، لأنه يضطر إلى الشراء مهما كانت حالته من فقر أو احتياج.

المبحث الثاني

الوصف الشرعي للاختكار

يقصد بالوصف الشرعي ما يسمى فى اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفى^(١). وهو كون الفعل واجبا، أو مندوبا، أو حراما، أو مكروها، أو مباحا.

هذا وقد اختلف آراء الفقهاء فى صفة أو حكم الاختكار فىرى جمهور الفقهاء المالكية، والحنابلة، والشافعية فى الصحيح وبعض الحنفية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية أن الاختكار محرم^(٢).

(١) الحكم التكليفى هو : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالانقياض أو التخيير، وفعل المكلف بهذا الاعتبار عند جمهور الأصوليين ينقسم إلى واجب، ومندوب، وحرام، ومكروه، ومباح، وألم عند الحنفية فإن الحكم التكليفى ينقسم إلى فرض، ووجوب ومندوب، وحرام ، ومكروه كراهة تحريرية، وتقزيبية ، ومباح.

والفرض: هو ما طلبه الشارع بالزلم وثبت الطلب بدليل قطعى لا شبهة فيه.

والوجوب: ما طلبه الشارع وألزم به ولكن ثبت بدليل ظنى فيه شبهة.

والمندوب: ما طلب الشارع فطه طلبا غير لازم، والحرام: هو ما ثبت النهى عنه بدليل

قطعى لا شبهة فيه، والمكروه: ما ثبت النهى عنه بدليل ظنى فيه شبهة.

والمباح: ما خیر الشارع المكلف فيه بين الفعل وتركه.

انظر: فى تعريف الحكم التكليفى وأقسامه.

للتلويح على التوضيح جـ ١ ص ١٢١، وما بعدها، مطبعة محمد على صبيح، إرشاد
للقول للشركانى ص ٦ مطبعة مصطفى البابى الحلبي أصول الفقه للشيخ / محمد أبو
زهرة ص ٢١ - ٢٢ - مطبعة دار الفكر العربى.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٧، وما بعدها - ط دار الفكر الطبعة الثانية ، حاشية

لمننى على كتون ج ٥ ص ١١ وما بعدها، ط دار الفكر، المعنى والشرح الكبير لابن -

ويرى أكثر فقهاء الحنفية وهو قول في مذهب الشافعية والإمامية أن الاختكار مكروه إذا كان يضر بالناس^(١).

الأئمة:

استدل جمهور الفقهاء على تحريم الاختكار بما يأتي :

١- الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم﴾^(٢).

وجه الدلالة:

أن الإلحاد هو الميل بالظلم والعدوان، والظلم منهى عنه وقد نوحى الله ﷻ عليه بالعذاب الأليم، والاختكار من الظلم ويدخل تحت الوعيد، إذ أن الآية قد وردت بصيغة العموم، والوعيد بالعذاب الأليم لا يكون إلا على فعل محرم فيكون الاختكار محرماً، وقد ذكر القرطبي في تفسيره

= مقدمة جـ ٤ صـ ٥١٠، ط دار الفكر العربي، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨، بدائع الصنائع للكاملاني جـ ٥ صـ ١٩٣ - ط دار الفكر، نهاية المحتاج للرملي جـ ٣ صـ ٤٧٢ - ط مصطفى البابي الحلبي، روضة الطالبين للنووي جـ ٣ صـ ١٣٠، المحلى لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٧٢ - ط دار الفكر، البحر الزخار للجامع لمذاهب علماء الأئمة للمرئضي جـ ٤ صـ ٣١٩، ط دار الكتاب الإسلامي القاهرة، المختصر النافع فسي فقه الإمامية للحلي صـ ١٤٤ - ط وزارة الأوقاف، شرح كتاب التل وشفاء العليل لأطفيش جـ ٨ صـ ١٧٤، ط مكتبة الإرشاد جدة.

(١) تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة جـ ١٠ صـ ٥٨، ط دار الفكر، حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ وما بعدها، المذهب للشنيرازي جـ ١ صـ ٢٩٩ ط مصطفى البابي الحلبي، روضة الطالبين للنووي جـ ٣ صـ ١٣٠، المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

لهذه الآية أن أبا داود روى عن يعلى بن أمية أن رسول الله ﷺ قال :
احتكار الطعام في الحرم إلهاد فيه^(١) وهو قول عمر بن الخطاب^(٢).

٢- السنة:

بما روى عن ابن عبد الله العدوي عن رسول الله ﷺ قال: " لا
يحتكر إلا خاطئ"^(٣).

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار؛ لأن الخاطئ هو
العاصي الآثم^(٤).

- وبما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " الجالب مرزوق والمحتكر
ملعون"^(٥).

(١) الحديث: أخرجه أبو داود في كتاب المناسك، قال ابن القطان حديث لا يصح، وفي الميزان
هذا الحديث واهى الاسناد .

انظر: سنن أبي داود ج ٢ ص ٢١٢، وما بعدها، ط دار إحياء السنة النبوية، فيض القدير
شرح الجامع الصغير للمناوي ج ١ ص ١٨٢ - ط دار الفكر للطبعة الثانية .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للكرام القرطبي ج ١٢ ص ٤٠ ط دار الحديث وراجع أيضا في
ذلك: تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢١٥، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي
الحلي.

(٣) الحديث رواه مسلم

انظر: صحيح مسلم وشرح النووي عليه ج ٦ ص ٤٨، دار الحديث.

(٤) المصدر السابق ج ٦ ص ٤٩، نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦١، ط دار
الحديث.

(٥) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات وفي سننه علي بن سالم وهو ضعيف .

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث كما هو ظاهر يدل - أيضاً - على تحريم الإحتكار لأنه لا يلتحق اللعن إلا بمباشرة المحرم؛ ولأن اللعن لا يكون إلا لذنوب شديدة فيكون الإحتكار حراماً^(١).

- وبما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه "^(٢).

وجه الدلالة :

أن مثل هذا الوعيد للشديد ببراءة ذمة الله ورسوله من المحتكر لا يلحق به إلا إذا كان الإحتكار حراماً^(٣).

- وبما روى أن عمر بن الخطاب خرج مع أصحابه فرأى طعاماً كثيراً قد ألقى على باب مكة، فقال: " ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا فقال: " بارك الله فيه وفيمن جلبه، فقيل له: " فإنه قد احتكر، قال: من احتكره؟ قالوا: فلان مولى عثمان، وفلان مولاك فأرسل إليهما فقال ما حملكما

- أنظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٨، التلخيص للحافظ الذهبي بنيل المستدرک على الصحيحين ج ٢ ص ١١، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(١) بدائع الصنائع للکسانی ج ٥ ص ١٩٣.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد وابن أبي شيبة والبخاري وأبو يعلى والحاكم، وفيه أبو بشر الأملوكي ضحفه ابن معين .

أنظر: المستدرک على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١١ وما بعدها، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٤ ص ١٠٣، منشورات مؤسسة المعارف - بيروت - لبنان.

أنظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٩، فيض القدير للمناوي ج ٢ ص ٣٥.

(٣) بدائع الصنائع للکسانی ج ٥ ص ١٩٣.

على احتكار طعام المسلمين، قالوا: نشترى بأموالنا ونبيع؟ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم لم يموت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس"^(١).
وجه الدلالة:

أن مثل هذا الوعيد الدنيوي بالضرب الجذام أو الإفلاس دال على تحريم الاحتكار؛ لأن الوعيد لا يكون إلا على شيء محرم.
٣- المقول:

أن الاحتكار من باب الظلم؛ لأن ما يباع في المصر فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقيق الظلم^(٢).
وقبل أن نختم أدلة القائلين بالتحريم لأبد من القول:

بأن ابن حجر الهيتمي قد اعتبر الاحتكار من الكبائر وقال: إن كونه كبيرة هو ظاهر الأحاديث من الوعيد الشديد كاللعنة، وبراءة ذمة الله ورسوله منه، والضرب عليه بالجذام والإفلاس وبعض هذا دليل على الكبير^(٣).

(١) الحديث: أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه والحكم، في الزوائد إسناد صحيح ورجاله موثقون.

انظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٩، فيض القدير للمناوي ج ٦ ص ٣٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٩٣.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٤٥٦.

واستدل من قال بأن الاختكار مكروه بنفس الأحاديث السابقة التي تنتهي عن الاختكار حيث حملوا النهي للوارد في هذه الأحاديث على الكراهة. بيد أنه يلاحظ أن تصريح علماء الحنفية بالكراهة مطلقا ينصوف إلى الكراهة التحريمية، وفاعل المكروه تحريما يستحق العقاب كفعال الحرام^(١).

الرأى الراجح:

نرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بتحريم الاختكار؛ لصراحة الأدلة في ذلك؛ ولما فيه من الظلم والضرر على عامة الناس، ولو فرض أن هناك بعض الأحاديث لم تثبت في الصحيح فهناك حديث:

:" لا يحتكر إلا خاطئ وقد ورد في صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطئ أى آثم يكفى في إفادة تحريم الاختكار.

هذه هى أقوال الفقهاء فى حكم الاختكار ومنه يتبين لنا - بحسب ما رجحناه - أن الاختكار حرام مطلقا بدون تخصيص بمكان معين غاية ما فى الأمر أن حرمة فى الحرم أشد لتعظيم الله تعالى له؛ لأن الحرام واد غير ذى زرع فالواجب على الناس جلب الأوقات إليه للتوسعة على أهله فمن ضيق عليهم بالاختكار فقد ظلم نفسه ظلما شديدا فاستحق الوعيد الشديد الوارد فى قوله تعالى: ﴿ ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم ﴾^(٢).

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٢٣.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

علة تحريم الاختكار:

تأكد لنا مما سبق أن الإسلام قد حرم الاختكار وتوعد عليه بالعذاب الأليم، لكن ما هي العلة أو الحكمة من وراء هذا التحريم؟ يتضح لنا من مجموع النصوص السابقة ومن اجتهادات الفقهاء أن علة تحريم الاختكار تتمثل في دفع الظلم والضرر عن عامة الناس؛ لأن حبس السلع عن التداول بقصد غلاء الأسعار يؤدي إلى التضيق على عامة الناس وإلحاق الضرر بهم، ودفع الضرر من مقصود الشروع في الخلق^(١) حيث قال النبي ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار"^(٢).

فحرم الشارع الاختكار دفعا لهذا الظلم والضرر العام قال النووي في شرح صحيح مسلم: " والحكمة في تحريم الاختكار دفع الضرر عن عامة الناس كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعا للضرر على الناس"^(٣).

(١) المستصفي من علم الأصول للغزالي ج ١ ص ٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت.
(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا، وأخرجه الحاكم من حديث أبي سعيد الخدري، بلفظ لا ضرر ولا ضرار من ضرار ضاراه الله ومن شاق شاق الله عليه. وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبد بن الصامت - رضي الله عنهم -

قال الحاكم في المستدرک: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .
أنظر: الموطأ للإمام مالك بن أنس ج ٢ ص ٧٤٥ ط دار إحياء الكتب العربية، المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري ج ٢ ص ٥٨، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤.
(٣) أنظر: صحيح مسلم بشرح النووي ج ٦ ص ٤٩، ويراجع أيضا مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٨، تكملة المجموع ج ١٢ ص ١٢٦ الفروض التفسير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ج ٣ ص ٣٠٨، مطبعة دار الجبل - بيروت - لبنان.

المبحث الثالث

ما يحرم احتكاره من السلع

لقد جرى الخلاف بين الفقهاء هنا في عدة أمور: ما يكون فيه الاختكار من السلع، والطعام الذي يحرم احتكاره، والوقت الذي يحرم فيه الاختكار، ونتناول بيان ذلك بالتفصيل في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

ما يكون فيه الإحتكار من السلم

اختلف الفقهاء في الإحتكار المحرم هل يكون في الأقوات خاصة أم هو عام بالنسبة لجميع السلع وللفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:-

الראى الأول: ذهب جمهور الفقهاء أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، والشافعية والحنابلة، والإمامية والزيدية، والإباضية إلى أن الإحتكار لا يكون إلا في الأقوات فقط^(١).

الراى الثانى :

ذهب المالكية، وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الإحتكار يكون في كل ما يضر الناس حبيسه سواء كان قوتا أو لا^(٢).

الراى الثالث:

ذهب محمد بن الحسن فى قوله الثانى إلى أن الإحتكار يكون فى القوت والثناب^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٧ وما بعدها، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ٣٧٠، طدار الكتب الطمية بيروت لبنان، المذهب للشيرازى ج ١ ص ٢٢٩، نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤٧٢، وما بعدها، المعنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥١١، كشف القناع للبهوتى ج ٣ ص ١٨٧، المختصر للنافع ص ١٤٤، البحر للزخار ج ٤ ص ٣١٩، شرح كتاب النيل وشفاء الطيل ج ٨ ص ١٧٥-١٧٧.

(٢) المنتقى للباجى ج ٥ ص ١٦، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٧، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٨، بذائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٨.

الأدلة

استدل جمهور الفقهاء على أن الاحتكار يكون في الأوقات فقط
بالسنة والمعقول:
السنة:

بما رواه ابن ماجه بسنده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "سمعت
رسول الله ﷺ يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله
بالجذام والإفلاس"^(١).

ومنها — أيضا — ما رواه الإمام أحمد وابن أبي شيبه والبزار
وأبو يعلى أن النبي ﷺ قال: "من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ
من الله وبرئ الله منه"

وزاد الحاكم: "ولما أهل عرصة"^(٢) أصبح فيهم امرؤ جائها فقد
برئت منهم نمة الله"^(٣).

ومن السنة: — أيضا — ما روى عن أبي أمامة أن النبي ﷺ نهى
أن يحتكر الطعام"^(٤).

(١) قد سبق تخريجه.

(٢) العرصة: ساحة الدار، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، قال أبو منصور النعماني:
كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة.
انظر: المصباح المنير ص ٤٠٢.

(٣) المستدرك على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١١ وما بعدها.

(٤) الحديث أخرجه الحاكم والبيهقي.

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١١، المنن الكبرى للبيهقي ج ٦
ص ٣٠ دار المعرفة بيروت — لبنان.

وجه الدلالة :

أن هذه الأحاديث قد قيدت الاطلاق الوارد في الحديث الذى رواه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال: " لا يحتكر إلا خاطئ"^(١)، وكذا قوله ﷺ: " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"^(٢) والمطلق يحمل على المقيد كما هو مقرر فى الأصول^(٣).

وقد ناقش الشوكاتى ما استدل به الجمهور :

بأن التصريح بلفظ الطعام فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب^(٤)، وهو غير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر فى الأصول^(٥).

المعقول:

أن الضرر فى الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت فلا يتحقق الاحتكار إلا به^(٦).

(١) سبق تخريجه.

(٢) قد مر تخريجه.

(٣) تكملة المجموع ج ١٢ ص ١٢٤.

(٤) مفهوم اللقب : هو أن يذكر الحكم مختص بجنس أو نوع، فيكون الحكم ثابتاً ففى موضع النص منفياً فيما عداه.

انظر : أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٢٠.

(٥) نيل الأوطار للشوكاتى ج ٥ ص ٢٦٢.

(٦) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣، المهذب ج ١ ص ٢٢٩.

واستدل المالكية وأبو يوسف من الحنفية على أن الاختكار يكون في كل ما تدعو إليه حاجة الناس ويتضررون من حبسه بعموم الأحاديث التي تنهى عن الاختكار؛ ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام^(١).

وأما ما ذهب إليه محمد بن الحسن في قوله الثاني بأن الاختكار يكون في القوت والثياب فقد استدل على ذلك: بأن كلا منهما من الحاجات الضرورية^(٢).

الرأى للراجح:

يبدو لي من خلال ما سبق أن للرأى الراجح هو ما ذهب إليه المالكية وأبو يوسف من الحنفية من القول: بأن الاختكار يكون في كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه وذلك استناداً إلى الأحاديث العامة التي لم تفرق في تحريم الاختكار بين الطعام وبين غيره من السلع، وللتصريح بلفظ الطعام في أحاديث أخرى لا يمنع ذلك العموم؛ لأن ذلك من التتصيص على بعض أفراد العام؛ ولأن الضرر الذي يصيب الناس من جراء الاختكار لا يقف عند حد الأقوات أو الغذاء فقط فقد نكون بصدد اختكار سلعة ضرورية أخرى كالنساء واللباس وغير ذلك مما يترتب على احتكاره من أضرار.

قال الشوكاني بعد أن أورد جملة من الأحاديث التي تنهى عن الاختكار: " وهذا يدل على تحريم الاختكار لكل ما تدعو إليه حاجة

(١) المنقلى للباي ج ٥ ص ١٦، البداية في شرح الهداية للعيني ج ٩ ص ٢٤٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٩٢ نقلاً عن الجامع المستنير.

الناس، ويؤيد هذا الحديث : " من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم كان حقا على الله أن يقعه بعظم من النار يوم القيامة" (١). فإنه نعم كل ما له سعر وأيضا إذا كانت العلة الإضرار بالمسلمين فهو يشمل كل ما يتضررون بإحتكاره وتدعو حاجتهم إليه، وإن كان التضرر بإحتكار الطعام أكثر لمزيد الحاجة إليه (٢).

(١) الحديث أخرجه أحمد عن معقل بن يسار ورجاله رجال الصحيح ورواه الطبراني في الكبير والأوسط إلا أنه قال: " كان حقا على الله أن يقفه في معظم من النار " ورواه الحاكم بلفظ : من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغلب عليهم كان حقا على الله أن يقفه في معظم جهنم، رأسه أسفله.

انظر: مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٠٤، المستدرک علی الصحیحین للحکم ج ٢ ص ١٢ وما بعدها.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكتي ج ٣ ص ٨٥ مطبعة وزارة الأوقاف بجمهورية مصر العربية .

المطلب الثاني

الطعام الذي يحرم اختكاره

مما سبق يتضح لى أن الاختكار يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبيسه فيشمل الطعام، والسدواء، والمسكن، والملبس، وغير ذلك مما يحتاجه الناس. والآن نبحت أنواع الطعام الذى يحرم اختكاره. والطعام لغة:

اسم جامع لكل ما يؤكل يقال: طعم يطعم طعاما فهو طاعم إذا أكل أو ذاق، قال تعالى: ﴿فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَانْتَشِرُوا﴾^(١) وقال أيضا: ﴿إِنَّ اللَّهَ مَبْتَلِيكُمْ بِنَهْرِ فَمَنْ شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾^(٢) أى من لم يذقه، والجمع أطعمة.

وأهل الحجاز إذا أطلقوا لفظ طعام عنوا به البر خاصة^(٣). هذا وقد اختلف الفقهاء فى أجناس الطعام الذى يحرم اختكاره على النحو التالى :-

فيرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أن الطعام الذى لا يجوز اختكاره هو ما كان قوتا لآدمى أو للبهائم كالحنطة، والشعير، والتمر والقت؛ لأن هذه الأشياء هى التى يقع فيها الضرر غالبا^(٤).

(١) سورة الأحزاب من الآية: ٥٣.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٤٩.

(٣) لسان العرب لابن منظور ج ٤ ص ٢٦٧٣، مختار الصحاح للرازى ص ١٦٥.

(٤) البنباية شرح الهداية ج ٩ ص ٣٤٤، مجمع الأثر فى شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٥٤٧.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الاحتكار المحرم لا يعم جميع الأطعمة فما كان قوتاً لأنمي كالذرة والأرز، والتمر، والزبيب لنصرف النهى إليه، وما ليس بقوت كالإدام، والحبوى، والعسل، والزيت، وأغلاف البهائم فليس فيهما احتكار محرم؛ لأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوانات^(١).

وقد توسع فقهاء المالكية وأبو يوسف من الحنفية في تحديد الجنس الذي يحرم احتكاره من الطعام، وقالوا: إن الحكرة تكون في كل شئ من طعام وإدام وغير ذلك؛ لأن حقيقة الضرر موجودة في كل شئ، ولعموم النهى أيضاً^(٢).

وهذا للرأى هو الراجح؛ لأن الحنطة والشعير والتمر ليس هو كل ما يحتاجه الناس من الطعام؛ ولأن هذه الأنواع لا تعد غذاء كاملاً وصحيحاً للإنسان فلا يجوز قصر الاحتكار المحرم عليها، ومن هنا أرجح رأى المالكية وقول الإمام أبى يوسف من أن الاحتكار يكون في كل شئ من طعام وإدام.

والله أعلم بالصواب

(١) معنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٨، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٧٢، وما بعدها المعنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٥١١، كشف القناع جـ ٣ ص ١٨٧.

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٢٧، البناية في شرح الهداية جـ ٩ ص ٣٤٤.

المطلب الثالث

الوقت الذي يحرم فيه الاختكار

ثبت مما تقدم أن الاختكار المحرم لا يقتصر على الحنطة،
والشعير، والتمر، بل يشمل كل أنواع الطعام، فهل اختكار هذه الأنواع
ممنوع مطلقاً في جميع الأوقات؟ أم أنه ممنوع في وقت الضرورة
والضيق فقط؟

اتفق الفقهاء على أن اختكار الطعام وغيره من السلع لا يجوز
حال الضرورة والضيق^(١).

وأما في حال الرخاء والسعة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على
رأيتين:

الرأى الأول:

ذهب الإمام مالك فيما رواه عنه ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجنون إلى أن اختكار الطعام يمنع في كل وقت وذلك أخذاً
بعموم النهي^(٢).

(١) الهداية مع تكملة الفتح ج ١٠ ص ٥٨، المنتقى للباجي ج ٥ ص ١٦، تكملة
المجموع شرح المذهب للطعبي ج ١٢ ص ١٢٥، وما بعدها، احياء علوم الدين للغزالي
ج ٢ ص ٧٣، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٥١١، المعلى بالآثار لابن
حزم ج ٧ ص ٥٧٢.

(٢) المنتقى للباجي ج ٥ ص ١٦.

الرأى الثالثى :

ذهب عامة الفقهاء ومنهم الإمام مالك فيما رواه عنه ابن القاسم إلى أن وقت الرخاء والسعة لا يمنع فيها من احتكار شئ من الأشياء؛ لعدم الضرر فى ذلك، بل أن ابن حزم قد اعتبر ذلك من قبيل البر والإحسان؛ لأن الجلابين إذا باعوا بضاعتهم أكثروا من جلب السلع، وإذا كسدت تجارتهم ولم يجدوا لها بيعا تركوا استيراد وجلب البضائع فيضر بذلك للمسلمين^(١).

وهذا الرأى هو الراجح؛ لأن حبس السلع فى وقت الرخاء والسعة لا يترتب عليه ضرر بالمستهلكين، وإذا لم يترتب عليه ضرر فليس لممنعه معنى .

والله أعلم بالصواب

(١) المراجع السابقة فى نفس المواضع المشار إليها .

المطلب الرابع

شروط الاختكار المحرم

تبين لى مما تقدم أن الاختكار محرم بأدلة صريحة حاسمة، وأنه يشمل القوت وغيره مما يحتاجه الناس من الدواء، والثياب، والوقود، ومواد البناء، وغير ذلك.

وتبين — أيضا — أن الاختكار لا يكون له معنى إلا إذا كان فى وقت الضرورة والضيق دون وقت الرخاء والسعة.

بيد أنه لا بد هنا من الوقوف على شروط الاختكار المحرم، والصور التى تدخل فى نطاقه، والتى لا تدخل بسبب اختلال أحد الشروط التى نص عليها الفقهاء، وهو الأمر الذى يحتاج إلى بحث هذه الشروط لبيان ما يعد احتكارا من هذه الصور وما لا يعد، وهذه الشروط هى:

الشرط الأول:

أن يملك المحتكر السلعة بطريق الشراء من نفس الإقليم الذى ظهرت فيه الضائقة.

وبناء على ذلك لو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا فادخره لسم يكن محتكرا وهذا هو رأى جمهور الفقهاء^(١).

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٢، وما بعدها، تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٧٠، المنقلى للباي ج ٥ ص ١٦، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٢٥٨، ط عالم الفكر، المذهب ج ١ ص ٢٢٩، روضة الطالبين ج ٣ ص ١٢٠، المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥١٠، وما بعدها، كشف القناع ج ٣ ص ١٨٧.

وروى عن أبي يوسف أن من حبس غلة أرضه، أو ما جلبه من بلد آخر فإنه يكون محتكراً^(١).

الأمثلة

استدل الجمهور على أن حبس ما جلبه، أو ما زرعه ليس باحتكار بالسنة والمعقول.
السنة:

بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: "الجالب مرزوق".
وجه الدلالة:

أن هذا للشخص جالب، والجالب لا يعد محتكراً، بل أنه مرزوق كما بشره النبي ﷺ^(٢).
المعقول:

أ- أن حرمة الاختكار بحبس المشتري في المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالماً بمنع حقهم ولم يوجد ذلك في المشتري خارج المصر من مكان بعيد؛ لأنه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم.

ب- أن ما جلبه أو ما زرعه يعد خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكاراً^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٢.

(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٢.

(٣) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٢٧٠، تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ٥٨.

ج- أن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينتفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه^(١). واستدل أبو يوسف على أن من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر فإنه يكون محتكرا بقوله ﷺ " للجالب مرزوق والمحتكر ملعون " حيث ورد لفظ اللعن مطلقا فيشمل أيضا من زرع، أو جلب وحبس السلعة عن الأسواق^(٢).

واستدل أيضا من جهة المعقول : بأن كراهة الاحتكار بالشراء والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامّة وقد وجد هنا فيكون هذا الحبس احتكارا^(٣).
الرأى الراجح:

نرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول: بأن من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر لا يعتبر محتكرا بشرط أن لا يضيق على أحد؛ لأن هذا الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعاصر لو اعتبر احتكارا ما أقدم أحد على ذلك وعندئذ ستزداد المشكلة تعقيدا؛ ولأن من حبس غلة أرضه فهو خالص حقه لا يتعلق به حق أحد فلا يكون محتكرا، لكن من الأفضل أن لا يفعل ذلك ويبيع كما ذكر الكاساني في البدائع لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين ولا

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥١٠، وما بعدها.

(٢) تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ٥٨، البناية شرح الهداية ج ٩ ص ٣٤٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٢.

سيما في أوقات الضرورة والشدة^(١)، ومن ثم فإن ترك هذا الحبس أو الادخار أفضل وأولى .

هل يجبر الحالب ومن حبس غلة أرضه على البيع؟

من حبس غلة أرضه أو ما جليبه من بلد آخر يجبر على البيع إن اضطر الناس إلى ذلك، جاء في تكملة ابن عابدين بخصوص هذه المسألة: " وهل يجبر على بيعه؟ الظاهر نعم إن اضطر الناس إليه "^(٢). وجاء في حاشية الرهوني نقلا عن ابن رشد: " وإذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا ولو كان جالبا له، أو كان من زراعته "^(٣).

ولم أقف على نص لفقهاء الشافعية والحنابلة بخصوص هذه المسألة إلا أن ما صرحوا به من أن المحتكر يجبر على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر^(٤)، فالظاهر أنهم يرون جبر المستورد ومن حبس غله أرضه على البيع إن اضطر إلى الناس إلى ذلك دفعا للضرر.

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣.

(٢) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٧١٩.

(٣) حاشية الرهوني ج ٥ ص ١١ وما بعدها، وراجع أيضا الفناج والإكيل للمواق ج ٤ ص ٣٨٠.

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٧٢، كشف القناع ج ٢ ص ١٨٨، المبدع ج ٤ ص ٤٨.

الشرط الثاني :

أن يكون المحتكر متربصاً به الغلاء، أى يريد به ارتفاع الأسعار^(١) ويدل على ذلك ما روى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطئ " وزاد الحاكم: وقد برئت منه نمة الله"^(٢).

وقوله ﷺ: " من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعه بعظم من النار"^(٣).

وبناء على ذلك: فإن للتاجر الذى لديه مخزون من السلعة قبل الأزمة ولم يقصد التحكم فى السعر فلا يعتبر محتكراً، وكذلك الحال لو قصد بالتخزين توفير السلعة فى وقت عدم إنتاجها كما هو الحال فى كثير من السلع الزراعية لا يعد ذلك احتكاراً بشرط طرح السلعة فى الأسواق عندما يحتاجها الناس.

ولو انفردت الدولة بإنتاج وتوزيع سلعة معينة بقصد الحماية من جشع الأفراد أو لتحقيق العدالة الاجتماعية، فلا تدخل هذا للصورة فى

(١) حاشية سعد جالبى بهامش فتح القدير جـ ١٠ ص ٥٨، المنقح جـ ٥ ص ١٥، تكملة المجموع جـ ١٢ ص ١٢٥، كنز الدقائق جـ ٣ ص ١٨٧، أروض النضير جـ ٣ ص ٥٨٧، شرح كتاب النيل جـ ٨ ص ١٧٧.

(٢) الحديث رواه أحمد والحاكم، قال الذهبى فى التلخيص: فيه إسحاق الصبلى كان يسرق الحديث، وقال فى المذهب: حديث منكر.

انظر: المستدرک على الصحيحين للحاكم جـ ٢ ص ١٢، فيض القدير للمناوى جـ ٦ ص ٣٥.

(٣) قد سبق تخريج هذا الحديث.

الاحتكار الآثم، ومن ثم فإن الاحتكار لا يعد آثماً إلا إذا كان بقصد اغلاء السعر^(١).

الشرط الثالث:

أن يكون الشيء المحتكر مما يحتاج إليه الناس؛ لأن إخبار ما لا حاجة للناس إليه لا يضر بهم، إلا إذا كان فعله لذلك يفضي إلى الغلاء فإنه يتناوله قوله ﷺ: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم" ولذلك وجدنا بعض الأحاديث الواردة في باب الاحتكار تركز على الطعام وهو كما نعلم سلعة ضرورية لا يستغنى عنها أحد^(٢).

الشرط الرابع:

أن يكون الشيء المحتكر فاضلاً عن كفايته وكفاية من يعولهم لمدة سنة كاملة ويدل على ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يبيع نخل بني النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم^(٣).

وبناء على ذلك: لو قصد الشخص بالتخزين تأمين حاجات نفسه وعياله ولم يقصد الربح فإنه لا يعد محتكراً.

(١) مبادئ الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي د./ ربيع محمود الروبي ص ٣٤٦، وما بعدها - مكتب إتش للآلات الكاتبة وطباعة الأوفست القاهرة ١٩٨٣ م. - ١٤٠٣ هـ.

(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٩، السيل الجرار ج ٣ ص ٨٥، الروض النضير ج ٣ ص ٣٠٨.

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه

انظر: صحيح البخاري مع الفتح ج ١٥ ص ١٥٥.

الشرط الخامس:

أن يكون الشراء في وقت الغلاء للتجارة وبحبسه ليظل ثمنه، وأما إذا اشترى في وقت الرخص وانخره فليس باحتكار ولا تحريم فيه، وهذا الشرط قد نص عليه فقهاء الشافعية^(١).

الشرط السادس:

أن يكون الحبس لمدة معينة، ولم ينص على ذلك مسوى فقهاء الحنفية والإمامية، والإباضية، وقد اختلفوا في تحديد هذه المدة، فقد جاء في الهداية للمرغيناني: "ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقيق الضرر، ثم قيل: هي مقطرة بأربعين يوماً لقول النبي ﷺ: "من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرى الله منه" وقيل: بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير أجل.. ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العسرة ويبين أن يتربص اللحظ والعياذ بالله، وقيل: المدة للمعاقبة في الدنيا، وأما الإثم — أي الأخرى فيتحقق — وإن قلت المدة"^(٢).

(١) المذهب للشيرازي ج ١ ص ٢٩٩، روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ١٣٠، تكملة للمجموع للطيمس ج ٢ ص ١٢٦.

(٢) الهداية مع لبناية ج ٩ ص ٣٤٥، وما بعدها، وراجع أيضاً في ذلك تكملة ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٨.

وجاء في المختصر النافع في فقه الإمامية : " وقيل : أن تستبقي
في الرخص أربعين يوما، وفي الغلاء ثلاثة^(١) .

وجاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل : " فلو اشتراه لينتظر به
الغلاء يوما أو نصف يوم أو ثلثه أو ساعة أو أقل أو أكثر لكان محتكوا
ولا حد لذلك، وقيل : يحد بثلاثة أيام فيجوز إخراجه ليوميْن أو يوم،
وقيل: يحد بأربعين يوما فيجوز إخراجه لما دونها، لقوله ﷺ : " من
احتكر على المسلمين طعامهم أربعين ليلة.. .. " ^(٢).

ونرى أن الرأي الراجح هو ما ذكره الكاساني في البدائع : " أن قليل
مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة؛ لتحقق الظلم^(٣)؛ ولأن
التحديد بالأربعين كما جاء في الحديث قد جرى مجرى الغالب من أن
الغلاء يظهر لأربعين يوما فأكثر، أو أن المقصود من الحديث التغليب
على من حبس الطعام أربعين يوما، وليس المقصود تحديد مدة
الاختكار، إذ أن الضرر يتحقق بمجرد حبس السلع عن البيع.

احتكار الصنف والعمل:

إن الاختكار ليس قاصرا على الصور التي ذكرناها — أنفاً — من
خلال بحث الشروط التي يتحقق بها الاختكار، بل يشمل — أيضا — كل
ما يكون في معناه مثل اختكار الصنف والعمل.

(١) المختصر النافع ص ١٤٤.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٨ ص ١٧٧، وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٩٣.

احتكار الصنف:

وقد بين صفة ذلك ابن القيم فقال: "أن يلزم أن لا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب، فهذا من البغى في الأرض والفساد والظلم، وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وأن لا يبيعوا إلا بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء^(١)."

احتكار العمل:

وقد صور ابن القيم ذلك بقوله: "منع غير واحد من العلماء - كابى حنيفة وأصحابه - القسامين الذى يقسمون العقار وغيره بالأجرة: أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس محتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة."

وكذلك ينبغى لوالى الحسبة، أن يمنع مغسلى الموتى والحمالين لهم من الاشتراك؛ لما فى ذلك من اغلاء الأجرة عليهم، وكذلك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم^(٢).

ويتضح مما تقدم ما يلى :

- ١- أن من منع غيره أن يبيع ذلك للصنف أو النوع أو يشتريه فلا تباع السلع إلا لأشخاص معينين ثم يبيعواهم بما شاءوا، أو يشتروا

(١) الطرق الحكمية فى السوسة الشرعية لابن القيم ص ٢٤٥ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(٢) المرجع السابق ص ٢٤٦.

بما شاعوا كان ذلك المنع ظلما للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلما للمشتريين منهم أيضا، وهذا المنع يعد في معنى الاختكار، ولذلك يجب على الحاكم أن يسعر على هؤلاء الأشخاص ولن لا يبيعوا إلا بقيمة المثل، وفي تقديرى الشخصى إذا لم تفلح عقوبة التسعير فى ردع هؤلاء الأشخاص فيجب على الشرطة الموكلة بالتموين أن تمنع هؤلاء الأشخاص من دخول الأسواق؛ لأن إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان وقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١). ولا ريب أن هذا من البغى فى الأرض والظلم والعدوان .

٢- أن أرباب الصناعات المختلفة من الفلاحين ، والنساجين والخياطين، والمهندسين، والأطباء وغيرهم إذا أغلوا الأجرة عن طريق الاشتراك أو الاتفاق، أو التواطؤ مع بعضهم، فإن ذلك يعد من قبيل الاختكار المحرم؛ لما فى ذلك من إلحاق الضرر بالناس؛ ولذلك يجوز لولى الأمر فى هذه الحالة أن يقدر لهم أجرة المثل.

(١) سورة المائدة من الآية: ٢.

المبحث الخامس

حكم ادخار الأقوات الضرورية

قبل أن نبين حكم ادخار الأقوات الضرورية، ينبغي علينا أن نعرف الادخار؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، ولا يكون الحكم صحيحا إلا إذا كان التصور صحيحا أيضا، إذ لا تصديق بلا تصور. تعريف الادخار في اللغة:

أصل كلمة ادخار في اللغة: انتخار، وهو افتعال من النخر، فأدغمت الذال التاء دالا مشددة تسهلا على النطق فصارت الكلمة ادخار، ومعنى ادخر الشيء: جمعه وحفظه لوقت الحاجة إليه^(١). ويراد به عند الفقهاء:

الحبس للقوت وغيره مما يحتاج إليه الناس.

وهو بهذا المعنى يرادف المعنى اللغوي .

حكم ادخار القوت وغيره مما يحتاج إليه الناس:

اتفق الفقهاء على جواز الادخار في الجملة بشرط أن لا ينوي به التجارة، قال ابن رسلان في شرح السنن: "ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من مومن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به"^(٢).

(١) لسان العرب لابن منظور ج ٣ ص ١٤٩٠.

(٢) تكملة المجموع للمطيمي ج ١٢ - ١٢٤، نيل الأوطار للشوكلي ج ٥ ص ٢٦٢.

ويدل على جواز الادخار ما ثبت أن النبي ﷺ كما يبيع نخل بنى
النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم^(١).
وهل يجوز الادخار فيما زاد على السنة :
اختلف الفقهاء فى ذلك:

فيرى جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية، وهو الأوجه
عند الشافعية أنه يجوز الادخار مطلقا بدون تقييد بمدة معينة^(٢).
واستدلوا على ذلك بأن النبي ﷺ قد حبس قوت أهله سنة ولم يمنع
من أكثر فصيح أن إمساك ما لا بد منه مباح والشرء مباح أيضا^(٣).
ويرى الشافعية فى وجه آخر: أنه يكره ادخار ما فضل عن كفايته
لمدة سنة وذلك اتباعا للخبر الوارد فى ذلك^(٤).

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى ذلك هو الرأى الراجح؛ لأن
التقييد بالسنة كما ذكر ابن حجر العسقلانى فى الفتح إنما جاء لضرورة
الواقع؛ لأن الذى كان يدخر لم يكن يحصل إلا من السنة إلى السنة؛ لأنه
كان إما تمرا، وإما شعيرا، فلو قدر أن شيئا مما يدخر كان لا يحصل
إلا من سنتين إلى سنتين لاقتضى الحال جواز الادخار لأجل ذلك^(٥).

(١) الحديث قد مر تخرجه ص ٢٢٣.

(٢) مواهب الجليل للطلاب ج ٢ ص ٢٢٧، كشف القناع للبهوتى ج ٣ ص ١٨٨،
المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٥٧٣، نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤٧٢.

(٣) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٥٧٣.

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٧٢، حاشية الشيخ سليمان - الجمل على شرح المنهج ج ٣
ص ٩٣.

(٥) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٥ ص ١٥٦.

حكم ادخار القوت لمن يشتريه من السوق:

اختلف الفقهاء فى جواز ادخار القوت لمن يشتريه من السوق ونترك الخطاب فى مواهب الجليل يتحدث عن هذا الخلاف فيقول: "وأما إذا اشترى من السوق فأجازه قوم، ومنعه آخرون إذا أضر بالناس. ونقله النووي عن القاضى عياض فى الاثتراء من السوق وأنه إن كان فى وقت ضيق الطعام فلا يجوز بل يشتري مالا يضيق على المسلمين كقوت أيام أو أشهر، وإن كان فى وقت سعة اشترى قوت سنة كذا نقل القاضى هذا التفصيل عن أكثر العلماء، وعن قوم إباحته مطلقاً"^(١).

ويتضمم مما تقدم:

أن الخلاف المذكور بين العلماء إذا كان الشراء فى حال الرخاء والسعة، وأما إذا كان الشراء فى حال الضيق فلا يجوز الادخار أصلاً إرفاقاً بالناس وحتى لا يؤثر ذلك على الأسعار.

حكم جبر المدخر على بذل ما ادخره فى وقت الضرورة والشدة:

اتفق الفقهاء على أن من ادخر شيئاً من الأقوات الضرورية لنفسه أو لعياله ولم يكن محتاجاً إليه حالاً واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته؛ لأنه يتعلق به إحياء نفس معصوم فلزمه بذله إليه^(٢).

(١) مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٢٨.

(٢) الاختيار لتبليط المختار ج ٤ ص ١٧١ ط حاشية للمسوق ج ٢ ص ١١٢، ط دار

إحياء الكتب العربية أسنى المطالب شرح روضة الطالب ج ١ ص ٥٧٢، كشف القناع

ج ٦ ص ١٩٨، الطرق الحكيمة ص ٢٦٢.

وأما إذا كان محتاجا إلى الشيء المخدر حالا كما إذا اشتدت
للمخمصة في سنة المجاعة وأصابته الضرورة خلقا كبيرا، وكان
عند بعض الناس قدر كفايته وكافية عياله لم يلزم بذلك
للمضطرين؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر^(١).

امحار الدولة للأقوات والسلم الضرورية :

يجب على الدولة أن تدخر من الأقوات والسلع الضرورية
لما يلحق بالمسلمين من حوادث وأزمات؛ لأن ذلك مما تقتضيه
المصلحة، ففي ذلك إبقاء لحياة المسلمين .

ويمكن أن نستدل لذلك بما جاء في سورة يوسف مع ملك
مصر قال الله تعالى : ﴿ يوسف أيها الصديق افتتا في سبع
بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف ومبيع سنبلات خضر وأخر
يايسات لعلى أرجع إلى الناس لعلهم يعلمون * قال تذرعون
سبع سنين دأبا فما حصنتم فنروه في سنبله إلا قليلا مما
تأكلون * ثم يأتي من بعد ذلك سبع شداد يأكلن ما قدمت لهن
إلا قليلا مما تحصنن * ﴾^(٢).

(١) كشف القناع للبهوتي ج ٦ ص ٢٠٠، ونظر أيضا المراجع السابقة في نفس المواضيع
المشار إليها.

(٢) سورة يوسف الآيات : ٤٦ - ٤٨.

فقد قص الله ﷻ علينا ذلك من غير تكبير، وما قصه الله ﷻ عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شرعا لنا ما دام لم يظهر في شرعنا ما ينسخه أو يخالفه.

قال القرطبي بعد أن ذكر معاني هذه الآيات : " هذا يدل على جواز احتكار - أى إبخار - الطعام إلى وقت الحاجة^(١) .

(١) تفسير القرطبي ج ٩ ص ٢١٠ .

الفصل الثاني

الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاختكار

مَهَيِّدٌ

من المعلوم أن موارد الأحكام قسمان: مقاصد وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد، ووسائل وهي الطرق الشرعية المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم^(١).

ولا ريب أن منع الاختكار يحقق مصلحة عامة للمسلمين ويدفع عنهم مفسدة.

وإذا نظرنا في الأحكام المتعلقة بالاختكار نجد أن الإسلام يحرم الاختكار ويتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، ويخص بشدة على جلب السلع والبضائع، وهذه ليست هي الوسيلة الوحيدة لمنع الاختكار بل هناك وسائل أخرى منها التسعير، وبيع مال المحتكر جبراً، والتعازير المختلفة التي يتخذها الحاكم بقصد الردع والزجر.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نقسم الوسائل التي يعالج بها الإسلام

ظاهرة الاختكار في المباحث التالية:-

المبحث الأول: للترهيب والترغيب.

المبحث الثاني: التسعير.

المبحث الثالث: بيع مال المحتكر جبراً.

المبحث الرابع: توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة - ٢٢٨.

المبحث الأول

التروhib والتروhib

التروhib :

حرم الإسلام الاختكار بنصوص قاطعة وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة لينبه بهذا الوعيد القلوب الغافلة ويحرك النفوس المؤمنة إلى المنافسة الشريفة في التجارة وجلب السلع التي يحتاجها الناس.

العذاب النبوي :

فقد روى عن عمر بن الخطاب ؓ عن النبي ﷺ أنه قال: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس".
ففي هذا الحديث وعيد شديد للمحتكرين في الدنيا بالضرب بالجذام والإفلاس نتيجة لأكلهم أموال الناس بغير حق وطعمهم في الغنى على حساب من يستحق العون والمساعدة.

العذاب الأخرى :

لم يقف الإسلام عند حد الوعيد بالعذاب النبوي لمن يحتكر أقوات الناس وحاجتهم الضرورية بل هدد الإسلام أيضاً بالعذاب الأخرى وفي ذلك يقول النبي ﷺ: "من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة".
وفي حديث ثان عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : "من احتكر الطعام أربعين يوماً فقد برئ من الله وبرئ الله منه".

فهذا إعلان للمحتكرين ببراءتهم من الله وبراءة الله منهم، وهذه البراءة لم يعلنها الله ﷻ إلا للمشركين^(١) قال تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُ﴾^(٢).

الترغيب بجلب السلم والبضائع:

لم يقف الإسلام في معالجته للاحتكار عند التحذير والوعيد الشديد بل رغب بشدة في جلب للسلع والبضائع، واقترن هذا الترغيب بالمثوبة في الدنيا والآخرة فقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: "من جلب طعاما فباعه بسعر يومه فكأنما تصدق به" وفي لفظ آخر "فكأنما أعتق رقبة"^(٣)؛ وروى عن النبي ﷺ أنه قال: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون".

والجالب هو الذى يشتري الطعام ويبيعه للناس فهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به فينال به بركة دعاء المسلمين، والمحتكر هو الذى يشتري للمنع فيضر بالناس^(٤).

وفى تصورى وتقديرى الشخصى أن الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعاصر يعتبر من أحسن الوسائل لعلاج ظاهرة الاحتكار؛ لأن فى

(١) من توجيهات الإسلام للشيخ شلتوت ص ١٨١.

(٢) سورة التوبة من الآية: ٣ .

(٣) الحديث أخرجه ابن مردويه فى التفسير من حديث ابن مسعود بسند ضعيف انظر : المغنى عن حمل الأسفار فى الأسفار فى تخريج ما فى الأحياء من الأخبار للحافظ العراقي بنيل أحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٧٣ .

(٤) البنالية فى شرح الهدية للعنى ج ٩ ص ٣٤٢.

الجلب زيادة المبلغ المعروضة، وإذا زاد العرض نقص السعر وتختفى الأزمة نتيجة لذلك ولا يكون للاحتكار معنى.

وبناء على ذلك يمكننا أن نقرر: أنه يجب على الدولة فى الضائقات أن تفتح باب الاستيراد؛ لأن الاحتكار ذريعة إلى التضيق على الناس وكما أن الاحتكار حرام لذلك، فالجلب أو الاستيراد واجب فى وقت الضيق والشدة؛ لأنه ذريعة إلى التوسعة، ولذا قال النبى ﷺ " الجالب مرزوق ".

وهكذا نجد أن الإسلام يحارب الاحتكار بتحريمه والتحذير الشديد منه ويحث بشدة على جلب البضائع حتى تختفى الأزمة من الأسواق.

المبحث الثاني

التسعير

تمهيد:

ثبت لنا مما سبق أن الإسلام حرم الاختكار وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، وحض بشدة على جلب السلع والبضائع، إلا أن ذلك قد لا يكفي لعلاج هذه الظاهرة السيئة؛ لأن النفس أمارة بالسوء، وعليه تقتزن هذه الوسيلة بوسائل أخرى تساهم في علاج هذه المشكلة، ومن ذلك ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعدياً فاحشاً.

ولكى يتضح هذا الأمر جلياً نبين معنى التسعير، وأنواعه، وحكم كل نوع وصفته، وما يتعلق به من المبيعات، وحكم البيع مع مخالفته، وما نحن نتحدث عن كل ذلك على هذا الترتيب.

تعريف التسعير:

للتسعير لغة: تقدير السعر، يقال: سعر الشيء إذا قدر سعره^(١). وقد عرفه الشوكاني: بأن يأمر الحاكم أو نائبه أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة^(٢).

أنواع التسعير:

للتسعير على نوعين:

(١) مختار الصحاح للرازي ص ١٢٦، إسان العرب لابن منظور ج ٣ ص ٢٠١٥.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٠.

أحدهما:

أن يكون للناس سعر غالب وأراد بعضهم أن يبيع بأنقص منه.

وثانيهما:

أن يحدد الحاكم لأهل السوق سعر معين لا يجوز الزيادة عليه^(١).
ونبين فيما يلي حكم هذين النوعين :

النوع الأول

البيع بأنقص من السعر الغالب

إذا كان للناس سعر غالب وأراد بعض التجار أن يبيع بأنقص منه
فهل يمنع من النقصان أم لا ؟
يرى الإمام مالك أنه يمنع من ذلك.

واحتج بما رواه في الموطأ عن سعيد بن المسيب: "أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زببياً له بالسوق فقال له عمر: إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا"^(٢).
ومعنى ذلك: أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بهذا السعر أو يقوم من السوق^(٣).

وقد عارض الإمام مالك في ذلك الشافعي وابن حزم فقالا: يجوز لمن أتى السوق أن يبيع بأقل أو أكثر.

(١) المنقلى للبلجى جـ ٥ ص ١٧ وما بعدها.

(٢) الموطأ للإمام مالك بن أنس جـ ٢ ص ٦٥١.

(٣) المنقلى للبلجى جـ ٥ ص ١٧.

وأما الشافعي فقد احتج بما رواه بإسنادة عن عمر: "أنه مر بحاطب ابن أبي بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فصأله عن سعرهما فسر له مدين بدرهم فقال عمر: لقد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون معرك فإما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال له: إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع"، قال الشافعي: وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما روى مالك، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه من روى عنه وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول؛ لأن الناس مسيطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئاً منه بغير طيب أنفسهم إلا في الموضع التي تلزمهم وهذا ليس منها^(١).

وأما ابن حزم فقد رد على استدلال المالكية بحديث عمر بأنه لا حجة لهم فيه لوجوه:

- ١- أنه لا حجة في قول أحد دون قول النبي ﷺ .
- ٢- أن هذا الحديث لم يصح عن عمر؛ لأن سعيد بن المسيب لم يسمع عنه .

(١) الحاشي الكبير للمواردي ج ٥ ص ٤٠٧، تكملة المجموع ج ١٢ ص ١١٤.

٣- أنه لو صح لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر، وتأولوه بما لا يجوز وإنما أراد عمر بقوله: إما أن تزيد في السعر، أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن.

وقد جاء عن عمر مبينا في الخبر الذي روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب قال: وجد عمر حاطب بن أبي بلتعة يبيع الزبيب بالمدينة فقال: كيف تبيع يا حاطب؟ فقال: مدين، فقال عمر: تتباعون بأبولنا وأفنيتنا، وأسواقنا، تقطعون في رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم، بع صاعاً، وإلا فلا تبع في أسواقنا وإلا فسيروا في الأرض ثم اجلبوا ثم يبعوا كيف شئتم.

فهذا خبر عمر مع حاطب في الزبيب كما يجب أن يظن بعمر، فإن قالوا: في هذا ضرر على أهل السوق؟

قلنا: هذا باطل، بل في قولكم أنتم للضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن إلى الناس، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق؛ لأنهم إن شاعوا أن يرخصوا كما فعل هذا فليفعلوا وإلا فهم أملك بأموالهم كما هذا أملك بماله، والحجة القاطعة في هذا قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (١). وقوله تعالى: ﴿ولحل الله البيع﴾ (٢).

(١) سورة النساء من الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٧٥، وانظر: المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٥٣٧، وما بعدها.

والرأى الراجح هو ذلك:

أن هذا يرجع تقديره لولى الأمر فإن رأى أن انقاص السعر بهذه الطريقة يفسد على أهل السوق بيعهم، ويؤدى إلى الشغب والمنازعة، وإلى احتكار قلة من التجار للسوق ليرفعوا السعر بعد ذلك فإنه يمنع منه ويأمر بالبيع بالسعر العادل الذى يحقق به مصلحة أهل السوق والناس جميعاً، وإن رأى أن انقاص السعر لا يؤدى إلى ذلك فإنه يترك الناس أحراراً فى بيعهم وشرائهم سواء باعوا بأقل أو أكثر.

النوع الثانى

تسعير السلعة بمبلغ معين لا يجوز الزيادة عليه

إذا حدد الحاكم للتجار سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء:

الرأى الأول: وهو لجمهور الفقهاء فقد قالوا: بأن التسعير محرم.

الرأى الثانى: ذهب بعض الفقهاء إلى أن التسعير جائز.

الرأى الثالث: يرى الحنفية أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة فإنه يجوز

الرأى الأول:

ذهب جمهور الفقهاء وهم الشافعية فى الصحيح، والحنابلة، والظاهرية، والإمام مالك فى رواية عنه، وبعض الزيدية، والإمامية فى

الأصح إلى أن التسعير محرم، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد^(١).

واستدل الجمهور على تحريم التسعير بالكتاب والسنة والمعقول:

الكتاب:

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾.
وجه الدلالة :

أن الله ﷻ نهى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل وأباح لهم الربح من التجارة إذا كانت عن رضا، وإلزم صاحب السلعة أن يبيع بسهر معين لا يجوز الزيادة عليه ليس فيه رضا وطيب نفس فيكون من أكل أموال الناس بالباطل وهو منهي عنه.
السنة:

بما روى عن أبي هريرة ؓ : أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله سعر فقال: بل ادعوا ثم جاءه فقال: يا رسول الله سعر، فأقل بل الله يخفض ويرفع وإنّي لا أرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة^(٢).

(١) روضة الطالبين ج ٣ ص ١٣١، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٨، المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠٨، المطبوع ج ٧ ص ٥٣٧، المنتقى ج ٥ ص ١٨، البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٨، المختصر النافع ص ١٤٤.

(٢) الحديث : أخرجه أبو داود

لفظ : سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٧٢.

وبما روى عن أنس بن مالك قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ﷻ ولا يطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال^(١).
وجه الدلالة من وجهين:

١- أن النبي ﷺ لم يسعر، وقد سأله بعض الصحابة ذلك ولم يستجب لهم، ولو جاز لأجابه إليه^(٢).

٢- أن النبي ﷺ قد اعتبر التسعير مظلمة وإذا كان مظلمة فهو محرم^(٣).

ونوقش استدلال الجمهور:

بأن هذه قضية معينة، وليست لفظاً عاماً، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما يحتاج إليه الناس، ومن المعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس في الزيادة فيه، فإذا بذله صاحبه كما جرت به العادة، وتزايد فيه الناس، فهنا لا يسعر عليهم^(٤).

(١) الحديث: أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال: هذا حديث حسن صحيح.

انظر: سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٧٢، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤١، وما بعدها سنن، للترمذى ج ٣ ص ٥٩٦، وما بعدها.

(٢) المعنى ولشرك الكبير ج ٤ ص ٥٠٨.

(٣) المصدر السابق في نفس الموضوع المشار إليه، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٠، سبل السلام ج ٣ ص ٨٢٤.

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٥٨.

بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه" (١).

وجه الدلالة :

أن إجبار الناس على بيع أموالهم بسعر معين ليس فيه رضا وطيب نفس، وكل ما يكون كذلك فإنه يكون محرماً للنهي عنه.

المعقول:

١- أن الناس مسيطرون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والحاكم مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم فيجتهد المشتري في الاسترخاوص ويجتهد البائع في توفير الربح (٢).

٢- أن التسعير يسبب للغلاء؛ لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقنموا بسلعهم بلذا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها فتغلسوا الأسعار

(١) الحديث: أخرجه الدارقطني .

انظر: سنن الدارقطني جـ ٣ صـ ٢٦.

(٢) للحوى الكبير الماوردي جـ ٥ صـ ٤٠٩، وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ صـ

ويحصل الإضرار بالجانبين جانب المالك فى منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشتري فى منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً^(١).
الرأى الثانى:

ذهب إليه مالك فى رواية أشهب عنه، وسعيد بن المسيب، وربيعه ابن عبد الرحمن، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وبعض الزيدية، والإمامية فى غير الأصح إلى أن التسعير جائز، وبه قال الشافعية فى غير الصحيح فى وقت الغلاء دون الرخص^(٢).

واحتج أصحاب هذا الرأى على ذلك: بأن فى هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم، ولا يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحدده ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشتري^(٣).

الرأى الثالث:

ذهب الحنفية إلى أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة كما إذا كان التجار يحتكرون الطعام ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به مشورة من أهل الرأى والبصيرة.
والمراد بالتعدى الفاحش: هو البيع بضعف القيمة.

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠٨.

(٢) المنتقى ج ٥ ص ١٨، البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٨، المختصر النافع ص ١٤٤.

روضة الطالبين ج ٣ ص ١٣١.

(٣) المنتقى ج ٥ ص ١٨.

وقد استدل الحنفية على كراهة التسعير بنفس الأحاديث السابقة التي استدل بها الجمهور على تحريم التسعير حيث حملوا النهى الوارد في ذلك على الكراهة؛ ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره^(١).

الرأي الرابع:

بعد أن ذكرنا آراء الفقهاء في هذه المسألة فإنني أرى أن الأصل الذي نقرره للنصوص الشرعية هو حرمة التسعير، إلا أنه يجب على الحاكم أن يفرض سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما إذا وجد خلافاً واضحاً في السوق والأسعار ناشئاً من عوامل مفتعلة من التجار كاستغلال حاجة الناس، والبيع بأثمان فاحشة وبضعف القيمة، واحتكارهم للسلع بقصد التحكم في السعر في وقت الحاجة والضرورة.

يقول ابن القيم : " وأما التسعير : فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز".

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب.

(١) البنائية ج ٩ ص ٣٤٨ - ٣٥٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣ ، البحر الرائق ج ٨

ص ٣٧٠ ، وما بعدها.

فأما القسم الأول: فمثل ما روى أنس قال : غلا السعر على عهد النبي ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: إن الله هو القابض للرازق، الباسط للمعسر، وإنى لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال".

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر — إما لقلة الشيء، وإما لكثرة الخلق — فهذا إلى الله، فالإزام للناس أن يبيعوا بقيمة بعينها : إكراه بغير حق.

وأما الثاني: " فمثل أن يتمتع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها^(١)، إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهذا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا لإلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به^(٢)."

ويقول ابن القيم في موضع آخر: " أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير: سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل^(٣)."

وهكذا نجد أن التسعير يعتبر وسيلة من وسائل معالجة الاحتكار، ولازما لمحاربه، ولو طبق الحاكم التسعير بهذا المفهوم لكان أنجح وسيلة في قطع دابر الاحتكار والمحتكرين.

(١) وهذا هو الاحتكار .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) المصدر السابق ص ٢٦٤.

صفة التسعير:

إذا كنا قد رجحنا للقول بجواز التسعير إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك، فما هي صفته عند من جوزه؟ قال ابن حبيب: "ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم، استظهاراً على صدقهم فيسئلهم، كيف يشترون؟ وكيف يبيعون؟ فينزلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة مداد حتى يرضوا به، ولا يجبرهم على التسعير، ولكن عن رضا.

قال أبو الوليد الباجي: ووجه ذلك: أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس"^(١).

ويظهر لنا من ذلك: أن ولي الأمر إذا سعر فإنه يتقيد فسي ذلك بمراعاة مصلحة البائعين والمشتريين وإحقاق العدل بينهما، فيعطى التجار قدرأ مجزياً من الربح ولا يجحف أيضاً بحقوق الناس.

وإذا فعل الحاكم ذلك فإن التسعير لا يكون فيه مظلمة، بل يكسبون فيه الخير والمصلحة للناس.

(١) انظر: المنتقى للباجي ج ٥ ص ١٩، وراجع أيضاً في ذلك: الطرق الحكيمة لابن القيم

ص ٢٥٨، تكملة المجموع ج ١٢ ص ١١٦.

ما يتعلق به التسعير من المبيعات:

نكر ابن حبيب : أن التسعير يختص بالمكيل والموزون دون غيره فلا يمكن تسعيره.

وجه ذلك: أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل وإنما يرجع فيه إلى القيمة ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه فلما لم يكن متماثلاً لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد^(١).

وعند الحنفية التسعير يكون في القوتين لا غير، لكن إذا تعدى أرباب غير القوتين وظلموا على العامة فيسعر عليهم الحاكم وهذا بناء على ما قال أبو يوسف: من أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار. وإن قيل: إن هذا في الاحتكار لا في التسعير.

فإنه يجاب عن ذلك: بأن حكم التسعير في ذلك يؤخذ منه قياساً أو استنباطاً بطريق المفهوم^(٢).

وعند الشافعية في الوجه الذي يجوز فيه التسعير: أنه يكون في الأطعمة ويلحق بها علف الدواب على الأصح^(٣).

والذي أختاره في ذلك: أن التسعير يكون في القوتين وغيرهما رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم.

(١) المنتقى للباي ج ٥ ص ١٨.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٦ ص ٧٢٠.

(٣) روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ١٣١.

حكم البيع مع مخالفة التسعير:

ثبت لنا مما سبق - بحسب ما رجحناه - أن الحاكم يجوز له التسعير في القوتين وغيرهما، وإذا فعل ذلك، وخالف أحد التجار وباع بأكثر من الذى سعره، أجازة القاضى عند الحنفية، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة؛ لأنه لا يرى الجبر على الحر، وفى إبطال بيعه حجر عليه، وكذا هو الظاهر عند محمد بن الحسن وأبى يوسف؛ لأنهما وإن رأيا الجبر، ولكن على حر معين أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وهاهنا كذلك^(١).

وعند المالكية : يمنع الناس من البيع بغير السعر الذى يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة للبائع والمشتري، ومن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق^(٢). وعند الشافعية: إذا سعر الإمام عليه فخالف استحق التعزير، وفى صحة البيع وجهان، والأصح : صحة البيع^(٣).

وعند الحنابلة : من باع مخالفاً للتسعير فبيعه صحيح^(٤).

وبذلك يتبين لنا أن الصحيح هو القول بصحة البيع ويعززر من يخالف ذلك.

(١) البناية ج ٩ ص ٣٥٠، وما بعدها.

(٢) المنتقى للباجى ج ٥ ص ١٨، وما بعدها.

(٣) روضة الطالبين للنووى ج ٣ ص ١٣١.

(٤) المبدع لابن مفلح ج ٤ ص ٤٧.

المبحث الثالث

بيع مال المحتكر جبوا عليه

من الوسائل التي يتخذها الحاكم لمعالجة الإحتكار ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية - ما عدا أبي حنيفة في قول - من بيع مال المحتكر جبراً عليه.

ف عند الحنفية: يؤمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله إزالة للظلم، ولكن هل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ فعند أبي حنيفة: لا يجبر المحتكر على البيع، وعندهما: يجبر عليه، وهذا بناء على أن الإمام لا يرى الحجر على الحر، وهما يريانه. وقيل: يبيع بالاتفاق وهذا اختيار القدوري؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك^(١).

وعند المالكية: إن كان بالناس حاجة إلى الطعام ولم يوجد عند غير المحتكر فإنه يجبر على البيع بسعر الوقت، وذلك لرفع الضرر عن الناس؛ ولأنه إنما أبيع لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة^(٢). وعند الشافعية: يجبر من عنده زائد عن كفايته ومؤنه سنة على البيع في زمن الضرورة، فإن امتنع للمحتكر عن البيع باع عليه الحاكم،

(١) للنباية ج ٩ ص ٣٥١، وما بعدها، تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٧١، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣.

(٢) للمنقلى ج ٥ ص ١٧، شرح الزرقاني على الموطأ ج ٣ ص ٢٩٩، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

والذى يجيزه على ذلك القاضى^(١).

والحنابلة يذهبون إلى ذلك أيضاً حيث يجبر المحتكر عندهم على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر^(٢).

وقال الشوكانى فى السيل الجرار: إن المحتكر يكلف بالبيع؛ لأنه فاعل لما هو من محرمات الشريعة، ولا يجوز ترك المسلمين يتسففون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطئ الضار للمسلمين ولهذا عاقبه أمير المؤمنين على ؓ عنه بتحريق طعامه^(٣).

وبهذا يتبين لنا أن المحتكر يجبر عل البيع؛ لأن هذا هو الذى ينقض قصده وفعله المحرم، ولا يقف الأمر عند حد إجبار المحتكر على البيع، بل للحاكم إذا خاف الهلاك أن يأخذ المال من المحتكرين ويرد عليهم مثله أو قيمته عند زوال الحاجة؛ لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير فى مخصصة كان له أن يتناوله بالضمان^(٤) لقوله تعالى: ﴿فمن اضطر فى مخصة غير متجاف لائم فإن الله غفور رحيم﴾^(٥).

(١) نهاية المحتاج للرملى وحاشية أبى الضياء الشيرازى عليه ج ٣ ص ٤٧٢.

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ١٨٨، الإصناف فى معرفة الراجع من الخلاف.

(٣) السيل الجرار ج ٣ ص ٨٥ للمرادى ج ٤ ص ٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣، المبدع ج ٤ ص ٤٨.

(٥) سورة المائدة من الآية: رقم ٣

المبحث الرابع

العقوبة الشرعية للمحتكر

إن الوعيد الوارد في الأحاديث التي تنهى عن الاحتكار قد لا يردع الكثير ممن استحوذ عليهم الشيطان، وقد لا تكفى الوسائل السابقة لعلاج هذه الظاهرة من جذورها، فهل يصح توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر تأديبياً له وزجراً لأمثاله؟

من المعلوم أن العقوبة في الفقه الإسلامى تكون على كل فعل محرم أو على ترك واجب، ولقد قسم الفقهاء العقوبات إلى ثلاثة أقسام:

- ١- الحدود : وهى العقوبات المقدرة والتي تجب حقاً لله تعالى.
- ٢- القصاص أو الدية: وهى عقوبات الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب.
- ٣- التعزير: وهى العقوبات غير المقدرة والتي تجب حقاً لله تعالى أو للعبد، وهى تهدف إلى تأديب الجانى ومنعه عن معاودة الفعل المحرم الذى عوقب عليه.

وهذا النوع الأخير من العقوبات هو الذى يطبق على جرائم المعاملات كالغش، والاحتكار، وخيانة الأمانة ونحو ذلك؛ لأنه ليس هناك فعل محرم، ولا يخضع فاعله للعقاب، كما أنه لا يجوز ترك المحرمات للضمير الفردى والالتزام الشخصى وإلا لاستهان بها الناس، ومن ثم فإنه يجوز توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

ويمكن أن نستند في ذلك إلى قوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ ^(١).

فهذه الآية عامة في كل الأفعال السيئة، ومن احتكر الطعام أو غيره مما يحتاجه الناس بقصد التحكم في السعر فقد فعل سيئة، فيجب أن يجازى عليها بعقوبة مماثلة أو مناسبة لها.

كما روى عن سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام أنه كتب إلى الأشير النخعي لما ولاه على مصر يأمره بما نصه " واعلم مع ذلك أن في كثير منهم — أي التجار ونوى الصناعات — ضيقاً فاحشاً وشحاً قبيحاً واحتكاراً للمنافع وتحكما في البياعات، وذلك باب مضره للعامة وعيب على الولاية، فامنع من الاحتكار فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه، وليكن البيع بيعاً سحاً بموازين عدل وأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به وعاقبه في غير إسراف ^(٢).

ولقد نص على هذا الحكم كثير من الفقهاء فقد جاء في البدائع للكاساني: " يتعلق بالاحتكار أحكام منها: الحرمة .. ومنها: أن يؤمر المحتكر بالبيع، فإن لم يفعل وأصر على الاحتكار، ورفع إلى الإمام موة أخرى وهو مصر عليه فإن الإمام يعظه ويهدده، فإن لم يفعل ورفع إليه مرة ثالثة يحبسها ويعزره زجراً له عن سوء صنعه ^(٣).

(١) سورة الشورى من الآية: ٤٠.

(٢) نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ج — ٢ ص ٦١، لمطبعة الأدبية بيروت — ١٨٨٥م.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٩٣، وراجع أيضاً الاختيار ج ٢ ص ١٧٢.

وجاء فى البحر الزخار: " ويجبر على البيع ولا يباع عنه فإن نرد فالحاكم يبيع له ويعزر المحتكر لعصيانته^(١) .

وقال ابن تيمية عن مرتكبى المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة : " فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتكديلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالى على حسب كثرة الذنب فى الناس وقلته، وليس لأقل التعزير حد، بل هو بكل ما فيه إيلاام للإنسان من قول وفعل فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه .. وقد يعزر بالحبس... وكذلك قد يعزر بالضرب... ..^(٢) .

والسؤال الآن : ما هو موقف الفقه الإسلامى من إمكان تطبيق عقوبة الغرامة المالية على الجرائم التعزيرية ومنها الاحتكار؟
من المعروف أن الغرامة المالية تعتبر من العقوبات التعزيرية فى بعض الجرائم ومن ذلك تعزير الممتنع عن أداء الزكاة عند بعض الفقهاء، يأخذ شطر ماله عزمة من عزمات الله تبارك وتعالى^(٣) .

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٩ وما بعدها.

(٢) المسئلة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لابن تيمية ص ٦٢ وما بعدها المطبعة السلفية ومكتبتها.

(٣) هذا هو المروى عن الإمام الشافعى فى القديم، وإسحاق بن راهويه، وأبو بكر عبد العزيز، والإمام يحيى والهادويه،

والقول الجديد للشافعى وهو رأى الجمهور أيضا أنه لا يؤخذ من الممتنع إلا الزكاة لا غير .
لمزيد من التفصيل فى ذلك راجع: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٢ ص ٣٣٩ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية النسوى عليه ج ١ ص ٥٠٣، المهذب ج ١ ص ١٤٨، المغنى والشرح الكبير ج ٣ ص ١٩، وما بعدها، نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٧، وما بعدها.

وذلك لما روى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " في كل إيل سائمة في كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إيل عن حسابها، من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن منعها فأبنا آخنها، واطر إيله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شيء^(١) .

وقد قيل : إن هذا كان في أول الإسلام ثم نسخ، ولكن لا دليل على النسخ ولا يثبت بالاحتمال .
وقيل أيضا : إن الحديث ضعيف، لضعف راوى الحديث بهز بن حكيم .

ويرد على ذلك : بأن الحاكم قد صحح هذا الحديث، وثقه واحتج به أحمد وروى عن أبي داود أنه حجة عنده^(٢) .
وقال ابن القيم في شرح سنن أبي داود بعد أن ذكر كلام العلماء عن بهز وتصحيح أحمد وإسحاق وعلى بن المديني لحديثه : " وليس لمن رد هذا الحديث حجة، ودعوى نسخه دعوة باطلة، إذ هي دعوى مالا دليل عليه، وفي ثبوت شرعية العقوبات المالية عدة أحاديث عن النبي ﷺ لم يثبت نسخها بحجة وعمل بها الخلفاء بعده^(٣) .

(١) الحديث : أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي .

انظر : من أبي داود ج ٢ ص ١١١، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ج ٥ ص ١٥ - ١٧، نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٦ .

(٢) نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٧ .

(٣) انظر : شرح ابن القيم للجوزية لمن أبي داود مطبوع بهامش عون المعبود ج ٤ ص ٢٥٦، ط دار الفكر .

هذا ولم أقف على نص لفقهاء المذاهب يقرر جواز توقيه غرامة مالية على المحتكر.

ولا يوجد في تقديرنا ما يمنع من توقيع هذه الغرامة، وذلك قطعاً لذرائع الفساد من المحتكرين ولا سيما وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وأصحابه بذلك في مواضع كثيرة كما أورد ذلك ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة^(١).

وبدون تلك العقوبات المالية وغيرها من العقوبة التعزيرية لن يقف مسلسل الاختكار فهل إلى خروج من سبيل قبل أن يفلت الزمام ويستعلى الخطر؟!.

(١) انظر هذه المواضع في الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٦٦، وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن تناولنا بالبحث هذا الموضوع فإننا نستنتج مما سبق بناء على ما رجحناه النتائج التالية:

- ١- أن الاختكار محرم لما فيه من التضيق على الناس ورفع الأسعار عليهم.
- ٢- أن الاختكار يكون في كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه فيشمل للطعام والدواء والمسكن والملبس ومواد البناء والوقود وغير ذلك مما يحتاجه الناس.
- ٣- أن الطعام الذي يحرم احتكاره لا يقتصر على الحنطة والشعير والتمر بل يشمل كل ما يؤكل من طعام وإدام.
- ٤- أن الوقت الذي يحرم فيه الاختكار هو وقت الضرورة والشدة وأما وقت الرخاء والسعة فلا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء لعدم الضرر في ذلك.
- ٥- أن من جلب شيئاً أو حبس من غلته شيئاً لا يكون محتكراً إلا أن الأولى والأفضل أن لا يفعل ذلك؛ لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين وخاصة في وقت الضيق والشدة.
- ٦- أن الاختكار الآثم هو الذي يكون للقصد منه اغلاء السعر على الناس فالتاجر الذي لديه مخزون من السلعة قبل الأزمة ولم يقصد التحكم في السعر لا يعتبر محتكراً.
- ٧- أن قليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق للحرمة، لتحقيق الضرر.

٨- أن ما يدخره الإنسان لتأمين حاجات نفسه وعياله لا يعتبر احتكاراً، إذ أنه قد ثبت عن النبي ﷺ أنه قد حبس لأهله قوت سنتهم، والتقييد بالسنة إنما جاء لضرورة الواقع وعليه فيجوز الإذخار لأكثر من ذلك.

٩- أن من اخذ شيئاً من الأقوات الضرورية لنفسه ولعياله ولم يكن محتاجاً إليه حالاً واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته.

١٠- أن الإسلام عالج الاحتكار بعدة وسائل منها: أن الإسلام قد حرم الاحتكار، وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، ورغب بشدة في جلب السلع والبضائع حتى تختفى الأزمة من الأسواق، ولذلك وجب على الدولة في وقت الضيق والشدة أن تفتح باب الجلب أو الاستيراد؛ لأنه نزيعة إلى التوسعة وما يؤدي به الواجب يكون واجبا.

١١- الوسيلة الثانية التي عالج بها الإسلام مشكلة الاحتكار هي التسعير وذلك بناء على ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعدياً فاحشاً.

١٢- ومن الوسائل أيضاً ما قرره أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية من أنه يجوز للحاكم أن يبيع مال المحتكر جبراً عليه، وليس هذا فحسب بل إذا خشى الهلاك فإنه يأمر بمصادرة أموال المحتكرين مع تعويضهم بالمثل أو القيمة.

١٣- أن الإسلام لم يكتفى بالوسائل السابقة لعلاج مشكلة الاختكار بل أجاز للحاكم أن يوقع عقوبة تعزيرية على المخترع بالحبس ونحوه تأديبا له وزجرا لأمثاله، وليس هذا فحصب بل يجوز له أن يوقع عليه غرامة مالية قطعا لذرائع الفساد من المخترعين.

وأخيرا فإنني أدعو الله ﷻ في ختام هذا البحث أن يوفق حكام المسلمين في النظر إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام ففيها العلاج للحاسم لكل مشكلات المجتمع والله الهادي إلى الصراط المستقيم .

د. / جمال محمد يوسف

مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم وعلومه:

- ١- تفسير القرآن العظيم — للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ — ط عيسى البابي الحلبي .
- ٢- الجامع لأحكام القرآن الكريم — للإمام القرطبي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ. ط دار الحديث.

ثانياً: كتب الأحاديث النبوية الشريفة:

- ١- تلخيص المستدرک — للإمام الحافظ الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ ط دار المعرفة — بيروت لبنان .
- ٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢ هـ . ط دار الحديث.
- ٣- سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث المجسّاني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ — مطبعة دار إحياء السنة النبوية .
- ٤- سنن الترمذی (الجامع الصحيح) : للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذی المتوفى سنة ٢٧٩ هـ — ط دار الفكر.
- ٥- سنن النسائي — للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٢٠٣ هـ. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي — ط دار الحديث.

- ٦- سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٠ هـ. ط دار الحديث.
- ٧- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ. ط دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٨- شرح النووي على صحيح مسلم للإمام النووي المتوفى ٦٧٦ هـ ط دار الحديث.
- ٩- شرح ابن قيم الجوزية لسنن أبي داود بهامش عون المعبود ط - دار الفكر.
- ١٠- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط دار الغد العربي.
- ١١- فيض القدير شرح الجامع الصغير للنواوي ط دار الفكر.
- ١٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ.
- ١٣- المستدرک علی الصحیحین للحاکم النیسابوری المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ط دار المعرفة - بيروت لبنان.
- ١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ ط دار إحياء الكتب العربية عيس البابي الحلبي .
- ١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ دار الحديث.

ثالثاً: كتب اللغة:

- ١- لسان العرب للعالم الجليل جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري المتوفى سنة ٧١١ هـ ط دار المعارف.
- ٢- مختار الصحاح تأليف محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦ هـ — مكتبة لبنان ١٩٨٨م.
- ٣- المصباح المنير في غريب الفصح الكبير للرافعي تأليف العلامة الشيخ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط — دار المعارف تحقيق د./ عبد العظيم الشناوي.
- ٤- معجم مقاييس اللغة لابن فارس — ط دار الجيل.
- ٥- للمعجم الوجيز — مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٩٩٢م.

رابعاً: كتب أصول الفقه:

- ١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن محمد الشوكاني — مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ٢- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ط — دار الفكر العربي.
- ٣- للتلويع على التوضيح تأليف سعد الدين مسعود بن عمر التفازاني ط محمد علي صبيح.
- ٤- المستصفى من علم الأصول للإمام الغزالي ط دار الكتب العلمية — بيروت لبنان.

خامساً: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

- ١- الاختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمد بن مودود الموصلي ط - دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - ط دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - مطبعي دار الفكر.
- ٤- بدر المتقى في شرح الملتقى - بهامش مجمع الأنهر ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .
- ٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - المتوفى سنة ٧٤٣ هـ - ط دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٦- تكملة البحر للرائق شرح كنز الدقائق للإمام العلامة الشيخ محمد ابن حسين بن علي الطوري القادري المتوفى سنة ١١٣٨ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.
- ٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ المحقق محمد أمين ابن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين ط دار الفكر.
- ٨- حاشية قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار على الدر المختار) لمحمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين - ط دار الفكر.

- ٩- حاشية سعد جليبي بهامش فتح القدير ط دار الفكر.
- ١٠- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد علاء الدين الحصكفي مطبوع مع حاشية ابن عابدين.
- ١١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر تأليف الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي - ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
- ١٢- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قوثر المعروف بقاضي زادة وهي تكملة فتح القدير - ط دار الفكر.
- ١٣- الهداية شرح بداية المبتدى لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر الميرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ مطبوع مع شرح فتح القدير.

الفقه المالكي:

- ١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد - ط دار الفكر.
- ٢- التاج والإكليل لمختصر خليل : تأليف أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق مطبوع بهامش مواهب الجليل.
- ٣- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ط - دار الفكر بيروت لبنان.
- ٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .
- ٥- حاشية المدني على كتون بهامش حاشية الإمام الرهوني .

٦- الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدريز بهامش حاشية
الدسوقي .

٧- شرح العلامة للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرنش
على مختصر خليل ط - دار الفكر .

٨- شرح الزرقاني على الموطأ - ط دار المعرفة بيروت لبنان .

٩- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزي ط دار الفكر .

١٠- المنتقى شرح الموطأ : لأبي الوليد الباجي - ط دار الفكر
العربي .

١١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ط دار الفكر .

الفقه الشافعي :

١- تكملة المجموع شرح المذهب تأليف : محمد نجيب المطيعي -
مكتبة الارشاد جدة - المملكة العربية السعودية .

٢- حاشية الشبرايملى على نهاية المحتاج لأبي الضياء نور الدين
على بن علي الشبرايملى - مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٣- الحاوي الكبير وهو شرح مختصر المزني تأليف : أبي الحسن
على بن محمد بن حبيب الماوردي - ط دار الكتب العلمية بيروت .

٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبي زكريا النووي ط - دار
الفكر .

٥- شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين مطبوع بهامش
قليوبي وعميرة .

- ٦- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : تأليف محمد الشربيني للخطيب — مطبعة مصطفى البابى الحلبي .
- ٧- المهذب فى فقه مذهب الإمام الشافعى للإمام أبى إسحاق الشيرازى — ط مصطفى البابى الحلبي .
- ٨- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تأليف : شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى — مطبعة مصطفى البابى الحلبي .

الفقه العنقلى:

- ١- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف تأليف شيخ الإسلام العلامة للفقهاء علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادى .
- ٢- الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن قدامة مطبوع مع المغنى — ط دار الفكر العربى.
- ٣- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى — ط دار للفكر.
- ٤- كشف القناع عن متن الاقناع تأليف منصور بن إدريس البهوتى — ط دار للفكر.
- ٥- المبدع فى شرح المقنع تأليف أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح — مطبعة المكتب الإسلامى .
- ٦- للمغنى : تأليف الشيخ الإمام للعلامة موفق الدين أبى محمد بن أبى عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة — ط دار الفكر العربى .

الفقه الظاهري:

- ١- المحلى بالآثار لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم مطبعة دار الفكر.

الفقه الزيدي:

- ١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - للإمام المهدي أحمد بن حبي بن المرتضى الناشر دار الكتاب الإسلامى القاهرة .
- ٢- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للعلامة شرف الدين الحسين ابن أحمد بن الحسين الصنعاني - مطبعة دار الجيل بيروت لبنان.

- ٣- السيل الجرار المتفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكاني - ط وزارة الأوقاف تحقيق محمود إبراهيم زايد ومحمود أمين النواوى.

الفقه الإمامي:

- ١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام تأليف شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد بن حسن النجفى ط دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان.
- ٢- المختصر النافع فى فقه الإمامية للشيخ أبى القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلى - طبعة وزارة الأوقاف الطبعة الثانية.

الفقه الإباضى:

- ١- شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الإمام العلامة محمد بن يوسف أطفيش مكتبة الإرشاد جدة.

السياسة الشرعية :

- ١- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية — المطبعة السلفية ومكبتها.
- ٢- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية — ط — دار الكتب العلمية .

الدراسات الإسلامية العامة:

- ١- إحياء علوم الدين للإمام أبى حامد الغزالى ط دار الصابونى.
- ٢- مبادئ الاقتصاد الإسلامى والاقتصاد الوضعى د. / ربيع محمد الروبى — ط مكتب إنش لآلات الكاتبة وطباعة الأوفست — القاهرة.
- ٣- من توجيهات الإسلام للشيخ محمود شلتوت.
- ٤- نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين على بن أبى طالب — كرم الله وجهه — ط المكتبة الأنبية ١٨٨٥م.

★★★★★

فهرسٲ الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٩٤	المقدمة
١٩٧	الفصل الأول : الاختكار وإحكامه
١٩٨	المبحث الأول : تعريف الاختكار
٢٠١	المبحث الثاني : الوصف الشرعي للاختكار
٢٠٨	المبحث الثالث : ما يحرم اختكاره من السلع
٢٠٩	المطلب الأول : ما يكون فيه الاختكار من السلع
٢١٤	المطلب الثاني : الطعام الذي يحرم اختكاره
٢١٦	المطلب الثالث : الوقت الذي يحرم فيه الاختكار
٢١٨	المطلب الرابع : شروط الاختكار المحرم
٢٢٨	المبحث الخامس : حكم إخبار الأقوات الضرورية
٢٣٣	الفصل الثاني : الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاختكار
٢٣٤	المبحث الأول : للترهيب والترغيب
٢٣٧	المبحث الثاني : التسعير
٢٥١	المبحث الثالث : بيع مال المحتكر جبرا عليه
٢٥٣	المبحث الرابع : العقوبة لشرعية للمحتكر
٢٥٨	الخاتمة
٢٦١	مراجع البحث
٢٧٠	فهرس الموضوعات

خط في أحكام العقيدة في ضوء الفقه الإسلامي

إعداد

دكتور

أشرف محمود محمد الخطيب

المدرس بقسم / الفقه العام

بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر (مطبعة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مَقَالَتُهُ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي ، له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون " ^(١) " يا أيها الذين آمنوا اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً " ^(٢) " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً " ^(٣) " سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم " ^(٤)

سبحانك اللهم خير معلم	علمت بالقلم القرون الأولى
أخرجت هذا العقل من ظلماته	وهديته النور المبين سبيلاً
أرسلت بالتوراة موسى هادياً	وابن البتول فلعلم الانجيلا
وفجرت ينبوع البيان محمداً	فسقى الحديث وناول التنزيلا ^(٥)

^(١) الآية : ١٠٢ من سورة آل عمران .

^(٢) الآية : ١ من سورة النساء .

^(٣) الأجان : ٧٠ - ٧١ من سورة الأحزاب .

^(٤) جزء من الآية ٣٢ من سورة البقرة . ٢ .

^(٥) الأبيات من قصيدة لأمر الشعراء أحمد شوقي مطلعها : قم للمعلم وفه التبجيلا ، انظر : الشوقيات : ج ١

أما بعد :

فإن الله (سبحانه وتعالى) كما يقول العلامة ابن القيم في مقدمة كتابه البديع تحفة المودود بأحكام المولود ^(١) : نوع أحكامه على الإنسان من حين خروجه إلى هذه الدار إلى حين يستقر في هذا القرار ، وقبل ذلك وهو في الظلمات الثلاث كانت أحكامه القدرية جارية عليه ومنتهية إليه ، فلما انفصل عن أمه تعلقت به أحكامه الأمرية ، وكان المخاطب بها الأبوين ، أو من يقوم مقامهما في تربيته والقيام عليه قلله سبحانه فيه أحكام أمر قيمه بها ما دام تحت كفالته فهو المطالب بها بونه حتى إذا بلغ حد التكليف تعلقت به الأحكام وجرت عليه الأقسام وحكم له بأحكام أهل الكفر وأهل الإسلام ولعل من أهم هذه الأحكام التي أمر الله بها قيمه على لسان رسوله ﷺ بعد ولادته : العقيقة عنه ، وهي الذبيحة التي تذبح عنه يوم سابع ولادته ، حيث قال النبي ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه نماً ، وأميطوا عنه الأذى ^(٢) " وقد شرعت العقيقة لحكمة جليلة : وهي وجوب شكر الله على نعمة الولد ، كما أنها شرعت لتفك رهان المولود حيث إنه مرتهن بعقيقته كما قال النبي ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته ينبذ عنه يوم السابع ، ويسمى ويحلق رأسه ^(٣) " ومن فوائدها : أنها قربان يقرب به عن المولود في أول أوقات خروجه إلى الدنيا ، والمولود

^(١) ص ٣ .

^(٢) أخرجه البخاري في صحيحه عن سليمان بن عامر رضي : ج ٢٠ ص ٢٧٩ - ٢٩٨ ، ط : مكتبة القاهرة .

^(٣) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ١٠١ رقم ١٥٢٢ ، ط : دار الحديث

والمولود ينتفع بذلك غاية الانتفاع ، كما ينتفع بالدعاء له وإحضاره مواضع المناسك والإحرام عنه ، وغير ذلك .

ومع هذه الأهمية التي يشغلها هذا الموضوع إلا أننا نجد كثيراً من الناس حينما يمن الله عليهم بنعمة الولد لا يهتمون بهذه السنة ولا يحرصون على التمسك بها إما لعدم علمهم بها كما هو الحال والشأن بالنسبة لكثير من الناس ، أو لأنهم ينفقون أموالهم بعد ولادة المولود فيما لأفائدة فيه ولا منفعة منه ومن ثم فإنني أردت عن طريق هذا البحث أن أحث المسلمين على التمسك بهذه السنة ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً وأن أجلى أحكام العقيدة في صورة مبسطة لا غموض فيها ولا تعقيد حتى يكون الناس على بينة من أمر دينهم .

هذا وقد جعلت للبحث خطة فسمتها إلى مقدمة ، وثمانية مباحث وخاتمة .

فأما المقدمة : فتشتمل على أهمية البحث ، وسبب اختياري له .

وأما المبحث الأول : فهو بعنوان : تعريف العقيدة ، ويشتمل على مطلبين .

المطلب الأول : في معنى العقيدة واشتقاقها .

المطلب الثاني : في حكم تسميتها عقيدة .

وأما المبحث الثاني : فهو بعنوان حكم العقيدة وفضلها .

وأما المبحث الثالث : فهو بعنوان : المقدار الذي يعق به عن الذكر والأنثى

وأما المبحث الرابع : فهو بعنوان : ما يجزئ في العقيدة من النعم .

وأما المبحث الخامس : فهو بعنوان : وقت العقيدة .

وأما المبحث السادس : فهو بعنوان : مصرف العقيقة .
وأما المبحث الثامن : فهو بعنوان : مستحبات العقيقة ، ومكروهاتها .
وأما الخاتمة : فتشتمل على بيان أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا
البحث ، وتوصياتي فيه .

المبحث الأول : تعريف العقيدة

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول : هو معنى العقيدة واشتقاقها

حرى بمن يتكلم عن العقيدة وما يتعلق بها من أحكام فى ضوء الفقه الإسلامى أن يتعرف أولا على منلول هذا المصطلح ، وذلك حتى يتسنى للقارئ أن يكون على بينة من الأصل قبل الخوض فى التفاصيل والأحكام فأقول وبالله التوفيق :

العقيدة لغة : اسم لما ينبج عن المولود ^(١)

وقد اختلف أهل اللغة فى اشتقاقها على قولين :

القول الأول : وبه قال : أبو عبيد ، والأصمعى ، ومال إليه الزمخشري وهو أن العقيدة أصلها صوف الجذع وشعر كل مولود من الناس والبهائم الذى تولد عليه وبه سميت الشاه التى تنبج عن المولود يوم أسبوعه عقيدة لأنه يزال عنه الشعر يومئذ فسميت باسم سببها جريا على عادة العرب فى تسمية الشئ باسم سببه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وصارت الحقيقة مغنورة فيه فلا يفهم من العقيدة عند الإطلاق إلا الذبيحة ^(٢)

^(١) عثار الصحاح للرازي : ص ٤٤٦ ط افية العامة لستون المطابع الأميرة ، المعجم الوجيز : ص ٤٢٨ صادر من مجمع اللغة العربية .

^(٢) فتح الباري بترج صحبح البخارى لابن حجر : ج ٢٠ ص ٢٩١ ط مكتبة القاهرة ، الظه المستعذب فى شرح غرب المذهب لابن طلال الركنى : ج ١ ص ٣٢١ ط مصطفى الخلى ، اللقى لابن قدامة : ج ١ ص ١١٩ ط : دار الك العلمية ، الخلى لابن حرم ص ٧ ص ٥٢٣ ط مكتبة التراث ، نخبة النوود بأحكام النوود لابن القيم : ص ٢٥ - ٢٦ ط : المكتبة القيمة .

القول الثاني: وبه قال الإمام أحمد ، ورجحه ابن عبد البر وغيره

وهو أن العقيدة مأخوذة من العق وهو الشق والقطع ، وقد سميت بذلك أى سميت الذبيحة عقيقة - لأنها تعق مذابحها - أى تشق وتقطع .^(١)

وقد احتج بعض المتأخرين لما قاله الإمام أحمد فى هذا الصدد ، وقال : إن ما ذكره الإمام معروف عند أهل اللغة ، لأنه يقال عق إذا قطع ، ومنه عق الولد والديه إذا قطعهما ، وقول الشاعر :

بلاد بها عق الشباب تمانى
وأول أرض مس جلدى ترابها^(٢)
يريد الشاعر أن يقول : إنه لما شق قطعت عنه تمانمه .

وبالنظر إلى هذين القولين نستطيع القول : بأنه لا مانع من أن تكون العقيدة مشتقة من الأمرين معا ، لاسيما وأن اللغة العربية تتميز بكونها غنية فى ألفاظها ومعانيها

والآن وبعد أن فرغت من الحديث عن تعريف العقيدة واشتقاقها عند علماء اللغة أنتقل إلى تعريفها شرعا فأقول وبالله التوفيق :

العقيدة شرعا: هى الذبيحة التى تذبح عن المولود

وقيل هو: الطعام الذى يصنع ويدعى إليه من أجل المولود^(٣)

وعرفها الإمام الدردير بقوله العقيدة : ما تذبح من النعم فى سابع ولادة المولود^(٤) ويعترض على التعريف الأول ، والثانى بأنهما غير جامعين لمعنى العقيدة من وجهين :

^(١) المراجع السابقة .

^(٢) المراجع السابقة .

^(٣) للمعنى لا من قلعة : ج ١١ ص ١١٩ .

^(٤) الشرح الصغير للدردير : ج ٢ ص ٩٦ ط : الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية .

الوجه الأول : أن العقيدة لا تكون بأى طعام بصنع ، ولا بأى ذبيحة تنبشع وإنما لابد أن تكون من النعم ومن ثم فإن التعريف يكون غير جامع لمعنى العقيدة من جهة عدم تضمنه ذلك .

الوجه الثاني : أن التعريف لم يتضمن بيان الوقت الذى يستحب فيه ذبح العقيدة وكان جديرا بالمعرف أن يذكر ذلك فى التعريف حتى يكون التعريف جامعاً مانعاً ومن هنا فإبنى أرى أن التعريف الثالث هو تعريف جامع لمعنى العقيدة ، لأن صاحب التعريف - وهو الإمام الدريزر - جمع فيه بين تعريف العقيدة ، وبيان جنسها ووقتها .

المطلب الثانى

حكم تسميتها عقيدة

اختلف الفقهاء فى حكم تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليه عند العرب قديماً وحديثاً والسبب فى اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ^(١) : معارضة حديث عمرو بن شعيب الذى رواه عن أبيه عن جده وفيه أن النبى ﷺ قال حينما سئل عن العقيدة ؟ " لأحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعلى " ^(٢) لحديث سمرة بن جندب الذى قال فيه النبى ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته " ^(٣) ووجه الاختلاف بين الحديثين كما هو ظاهر لنا : أن الحديث الأول يدل على أن النبى ﷺ كره هذا الاسم والسبب فى هذا واضح :

^(١) - ج ١ ص ٤٦٢ - ٤٦٣ ، ط مصطفى الخلى

^(٢) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ : ج ٢ ص ٤٥ ، مع شرحه توير الخوالك ، ط : عيسى الخلى .

^(٣) سبق تقريره .

وهو أن العقيدة والعقود يرجعان إلى أصل واحد وهو الشق والقطع ولما كان الأمر كذلك لذا فإن النبي ﷺ كرهه وقال : " لا أحب العقود " ثم قال " صلوات الله وسلامه عليه " : " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " إرشادا منه " صلوات الله وسلامه عليه " إلى العدول عن الاسم الذي تستقبحه العقول ، وتتفر منه النفوس إلى الاسم الذي هو أحسن منه والنفوس إليه أميل ، وكان النبي ﷺ شديد الاعتناء بذلك حتى إنه ﷺ كان يغير الاسم القبيح بالحسن ^(١) ويترك النزول في الأرض القبيحة الاسم ، والمرور بين الجليلين القبيح اسمهما ، وكان يحب الاسم الحسن والفأل الحسن . ويرى العلامة ابن القيم في كتابه تحفة المودود ^(٢) وهو بصدد الحديث عن معنى العقيدة واشتقاقها : أنه بين الاسم والمسمى علاقة ورابطة تناسبه ، وقل ما يختلف ذلك فالألفاظ قوالب للمعاني ، والأسماء قوالب للمسميات .

وقل إن أبصرت عينك ذا لقب إلا معناه إن فكرت في لقبه
فقبح الاسم عنوان قبح المسمى ، كما أن قبح الوجه عنوان قبح
الباطن ومن ثم فإنه لما كان بين العقيدة والعقود تناسب وتشابه من حيث
إن كلا منهما يرجع إلى أصل واحد لذا فقد ذهب بعض الفقهاء ^(٣) وإلى

^(١) ومن ذلك أنه ﷺ مسمى المنذر بن أسيد بهذا الاسم تقلولا أن يكون له علم ينذر به وكان أبوه قد سماه اسما ليس بمستحسنا . فظهر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر : ج ٢٢ ص ٣٨٩ .

^(٢) ص ٢٦ - ٢٧ .

^(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر : ص ٢٢ - ٣٨٩ ، نيل الأوطار للشوكاني : ج ١ ص ١٣ ، ط مكية الدعوة الإسلامية ، تحفة المودود لابن القيم ص ٢٨ - ٢٩ .

القول بکراهة تسميتها عقيقة ، وقد احتجوا على ذلك بقول النبى ﷺ " لا أحب العقوق " وهذا يدل على أمرين :

الأمر الأول : كراهة الاسم الذى كرهه للنبي ﷺ

الأمر الثانى : وهو أن الأولى أن يقال لها : نسيكة أو نبيحة ، ولا يقال لها عقيقة .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول :

أن الحديث ليس فيه ما يدل على التصريح بالكراهية ، إنما فيه كأنه كره الاسم ونظير هذا : اختلافهم فى تسمية العشاء بالعتمة ، والتحقيق فى الموضعين كما يقول ابن القيم ^(١) : كراهة هجر الاسم المشروع من العشاء والنسيكة واستبدلهما بالعقيقة والعتمة وأما إذا كان المستعمل هو الاسم الشرعى ولم يهجر وأطلق الاسم الآخر أحيانا فلا بأس بذلك ، وعلى هذا تنفق الأحاديث

فإن قيل : لكن الاسم المشروع قد هجر ، وأصبح المستعمل هو الاسم الآخر .

قلنا : لا بأس بذلك لأن العرف إذا تعارض مع الشرع ، ولم يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال ^(٢)

^(١) المرجع السابق : ص ٢٩ .

^(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسبكي : ص ٦٥ - ٦٦ فصل فى تعارض العرف مع الشرع ، وهو جوعا : أحدهما - أن لا يتعلق بالشرع حكم يقدم عليه عرف الاستعمال كما لو حلف لا يأكل خما فإنه لا ينبت بالسمك ، وإن سماه الله خما . والثانى أن يتعلق به حكم يقدم على عرف الاستعمال ومن ثم فإنه لو حلف لا يعلى فإنه لا ينبت إلا بفات الركوع والسجود ، أو لا يصوم فإنه لا ينبت بمطلق الإمساك . انظر : ص ٦٦ المرجع السابق

الجواب الثاني: أن النبي ﷺ وإن كان يغير الاسم القبيح بالحسن إلا أنه ﷺ لم يجعل هذا على سبيل اللزوم ، وإنما جعله على سبيل الاختيار ، ومن ثم فإن المسلمين أجازوا أن يسمى الرجل القبيح بحسن والفساد بصالح ، ويدل عليه : أن النبي ﷺ لم يلزم جد سعيد بن المسيب بتغيير اسمه لما امتنع من تحويل اسمه من حزن إلى سهيل ولو كان ذلك لازماً لما أقره النبي ﷺ على قوله : لا أغير اسماً سمانيه أبى وهذا يدل على عدم كراهية تسمية العقيدة باسمها ، ولهذا قال الإمام السيوطي : لأعلم أحد من العلماء مال إلى ذلك أى القول بكراهية تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليه ولا قال به وأظنهم تركوا العمل به لما صح عندهم فى غيره من الأحاديث من لفظ العقيدة ^(١)

٢- وقال طائفة أخرى من العلماء ^(٢) : لا يكره تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليه ، وقد احتجوا على ذلك بحديثين :

الحديث الأول: حديث سمرة بن جندب ، وفيه أن النبي ﷺ قال : " الغلام مرتين بعقيقته ينبج عنه يوم السابع ، ويسمى ، ويحلق رأسه " ^(٣).

الحديث الثاني: حديث - سلمان عامر الضبى وفيه أن النبي ﷺ قال " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى " ^(٤)

^(١) فتح الباري : ص ٢٢ - ٢٨٩ ، تور الخواك شح موطأ مالك للسيوطي : ج ٢ - ص ٤٥ - ٤٦ مطبوع مع الموطأ ط عيسى الحلى .

^(٢) فتح الباري : ج ٢٠ - ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ - ص ١٣٥ ، تحفة المودود : ص ٢٨ - ٢٩ .

^(٣) سبق ترجمته .

^(٤) سبق ترجمته :

ووجه الدلالة من هذين الحديثين على عدم كراهة تسمية العقيقة باسمها :
واضح جلي : وهو أن النبي ﷺ قد ذكر العقيقة بلفظها ومعناها ، وهذا
يدل على الإباحة لا الكراهة الأمر الذي يجعلني أميل إلى القول بالقائل :
بعدم كراهة تسمية العقيقة باسمها ، ولا سيما وأن الفقهاء قد أفردوا لها
باب في كل الأمصار بهذا الاسم المتعارف عليه ولو كان الاسم مكروها
لما ذكروها بهذا الاسم ، واستبدلوا بها لفظ النميسة ، أو النبيجة .

المبحث الثاني

حكم العقيدة وفضلها

تعرضت في المبحث الذي سبق ذكره أنفاً لبيان معنى العقيدة واستقائها . والآن وبعد أن فرغت من بيان المعنيين للغوى والاصلاحي للعقيدة ، وحكم تسميتها عقيدة أنقل إلى الحديث عن حكم العقيدة ، وبيان فضلها وفوائدها . فأقول بادئ ذي بدء : اختلف الفقهاء في حكم العقيدة على أربعة أقوال ، ويبدو أن السبب في اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد ^(١) هو تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب الأمر الذي سوف يجعلني أبدأ بذكر هذه الأقوال منسوبة لأصحابها ، ثم أنتى بذكر الأدلة والمناقشة ، وأختتم هذا المبحث ببيان الرأي الراجح . فأقول وبالله التوفيق :

أولاً : أقوال الفقهاء في حكم العقيدة :

القول الأول : وهو أن العقيدة واجبة ، وهو قول : الظاهرية ، والحسن البصري ويترتب على هذا الحكم عندهم جبر الإنسان عليها وقد ذكر الإمام الشوكاني أن هذا القول قال به : الليث بن سعد وأبى الزناد ورواية عن الإمام أحمد ^(٢) .

^(١) بداية المجتهد لابن رشد : ج ١ ص ٤٦٢ .

^(٢) فتح الباري لابن حجر : ج ٢ ص ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكاني : ج ٥ ص ١٣٢ ، المحلى لابن حزم : ج ٨ ص ٥٢٣ ، تحفة المودود : ص ٢٩ - ٣٠ .

القول الثاني: أنها سنة ، وهو قول : الجمهور منهم ابن عباس ، وابن عمر ، وعائشة ، وفقهاء التابعين ، وأئمة الأمصار إلا أصحاب الرأي^(١).

القول الثالث: أنها مباحة ، وهو قول : الحنفية^(٢) .

القول الرابع: أنها مكروهة ، وهو قول نكره الإمام الكاساني في بدائع نقلا عن صاحب الجامع الصغير حيث قال : " وذكر في الجامع الصغير ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية وأنه أشار إلى الكراهة " ^(٣) وبانتفاء قول صاحب البدائع أكون قد فرغت من ذكر أقوال الفقهاء فسي حكم العقيدة ، وجاء الدور على ذكر أدلتهم وما قد يرد عليها من بعض المآخذ والمناقشات فأقول وبالله التوفيق .

ثانيا : الأدلة والمناقشة :

أولا : أدلة القائلين بوجوب العقيدة ، وكيفية استنباط الحكم منها :

استدل القائلون بوجوب العقيدة وهم الظاهرية ، ومن هذا حنوهم بالسنة ، والآثار .

فأما السنة ، فمنها^(٤)

قوله ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى "

وهذا الحديث يدل على وجوب العقيدة من وجهين :

^(١) المراجع السابقة وانظر : بداية المجتهد لابن رشد : ج ١ - ص ٤٦٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ -

ص ١٢٦ ط : عيسى الخلي ، مولعب الخليل للخطاب : ج ٣ - ص ٢٥٥ ط : دار الفكر ، الانصاف

للمرداوى : ج ٤ - ص ١٠٠ ، ط : دار الكتاب .

^(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ج ٥ - ص ٦٩ ، ط : دار الكتب العلمية .

^(٣) المرجع السابق .

^(٤) سبق ترجمه .

الوجه الأول: قوله ﷺ في الحديث " مع الغلام عقيقة " وهذا ليس إخبارا عن الواقع بل عن الواجب .

الوجه الثاني: أن النبي ﷺ أمر بها في قوله " فأهريقوا عنه دما " والأمر للوجوب مالم توجد قرينة تصرفه عنه إلى غيره وليست هناك قرينة تصرفه عنه إلى غيره وبما أنه ليست هناك قرينة إذ يظل هذا الأمر يفيد الوجوب لاسيما وأن جماعة دخلوا على سيدتنا حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيقة فأخبرتهم أن عائشة (رضي الله عنها) أخبرتها أن رسول الله ﷺ " أمرهم عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " ^(١) وهذا يدل على الوجوب لأن المعنى يجزئ عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ^(٢)

وبناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول: أن الحديث ليس فيه ما يدل على الوجوب لأنها لو كانت واجبة لكان وجوبها معلوما من الدين بالضرورة ولبين النبي ﷺ وجوبها للكمة بيانا عاما كافيا تقوم به الحجة وينقطع معه العذر لأن ذلك مما تدعو إليه الحاجة وتعم به البلوى .

الوجه الثاني: أن الأمر في قوله ﷺ فأهريقوا عنه (دما) ليس للوجوب وإنما هو للندب نظرا لأن النبي ﷺ فوض ذلك إلى المحبة والاختيار وذلك في قوله ﷺ " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " ^(٣) وذلك يقتضى رفع الوجوب وصرف ما أشعر به إلى الندب ^(٤)

^(١) أخرجه الترمذي في سننه : جزء ٩٦ - ٩٧ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

^(٢) نسخة المودود لاس القيم : ٣٢ - ٣٣ .

^(٣) سنن ترمذيه .

^(٤) نيل الأوطار للشوكاني : جزء ١٣٥ ، نسخة المودود لاس القيم : ٣٣ .

٢- قوله ﷺ " الغلام مرتين بعقيقته يذبح عنه يسوم السابغ ، ويسمى ويحلق رأسه ^(١) " .

وجه الدلالة من هذا الحديث على وجوب العقيقة : أن العقيقة لازمة لابد منها حيث إنه " ﷺ " شبه لزومها للمولود بلزوم الرهن في يد المرتين ^(٢) .

ويجب عن هذا :

بأن الحديث ليس فيه ما يدل على لزوم العقيقة ، لأن قوله ﷺ " الغلام مرتين بعقيقته إنما هو في الشفاعة ، ومعناه : أنه محبوس عن الشفاعة في أبويه ، وظاهرة الحديث يدل على أنه رهينة في نفسه ممنوع محبوس عن خير يراد به ، ولا يلزم من ذلك أن يعاقب على ذلك ^(٣) " .

وأما الآثار فمنها :

ما أخرجه ابن حزم عن بريده الأسلمي أنه كان يشبه العقيقة بمن حيث وجوبها بالصلاة ، ويقول إن الناس يعرضون يوم القيامة على العقيقة كما يعرضون على الصلوات الخمس ، وهذا يدل على وجوب العقيقة ^(٤) .

^(١) سبق تخريجه .

^(٢) فتح الباري لابن حجر : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، نيل الأوطار للشوكان ج ٥ ص ١٣٣ .

^(٣) زاد المعاد لابن القيم : ج ٢ ص ٢٠ ط : المكتبة التوفيقية .

^(٤) فتح الباري : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، المحلى لابن حزم : ج ٧ ص ٥٢٥ .

ويناقش هذا الأثر من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن تشبيه العقيدة بالصلاة تشبيه مع الفارق ، لأن الصلاة لها منزلة في الإسلام عظيمة لا تعلوها منزلة أية عبادة أخرى فهي عماد الدين الذي لا يقوم إلا به ، ولذا فإن من أقامها فقد أقام الدين ، ومن هدمها فقد هدم الدين وهي أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة فإن صلحت صلح سائر العمل ، وإن فسدت ردت ورد سائر العمل ولهذا كان صحابة النبي ﷺ لا يرون شيئا من الأعمال تركه كفر إلا الصلاة ، وذلك بخلاف العقيدة فإنها وإن كانت شرعت شكر الله وإظهارا لنعمته إلا أنها لا ترقى إلى مستوى الصلاة حتى تشبه بها .

الوجه الثاني : أن الأدلة التي تدل على وجوب الصلاة أجل من أن تحصى وذلك بخلاف العقيدة فإنه لم يرد فيها دليل واحد يدل على وجوبها .

الوجه الثالث : أن دعوى العرض يوم القيامة على العقيدة بخصوصها دعوى لا أساس لها من الصحة على الإطلاق ، لأن الناس حينما يعرضون على الله يوم القيامة للحساب وتقرير الأعمال فإنهم يعرضون على الله بجميع أعمالهم مآثرها منها ومآبطن ، وما كان واجبا منها وغير واجب .

ثانيا : أدلة القائلين بسنية العقيدة :

لأصحاب القول الثاني القائل : بسنية العقيدة وهم الجمهور ، ومن نحا نحوهم في إصدار هذا الحكم مستند قوى يتمثل في الأخذ بالسنة القولية ، والفعلية والقياس .

ثأما السنة القولية :

فمنها ما أخرجه الإمام مالك في موطنه عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال حينما سئل عن العقيدة ؟ لا أحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل ^(١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي ﷺ علق ذبح العقيدة على الرغبة والمحبة وذلك يقتضى النذب . وعدم الوجوب .

وأما السنة الفعلية فمنها :

ماروى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ علق عن الحسن والحسين كبشا كبشا " ^(٢)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : واضح جلى وهو أن النبي ﷺ فعل ذلك بنفسه فكان ذلك دليلا على سنيتها .

وأما المعقول فمنه :

١- أن وليمة النكاح مسنونة ومقصودها طلب الولد فكان ولادة الولد أولى بأن يكون الإطعام فيه مسنونا .

٢- أن العقيدة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جنايه ولا نذر ولما كانت الأضحية مندوبة كانت العقيدة مندوبة كذلك.

^(١) سبق ترجمته.

^(٢) أخرجه أبو داود في سننه : ج ٣ ص ٣٠ : دار الكتب العلمية بيروت ، وأخرجه السلي في سننه : ج ٣ ص ٧٥

ط : دار الكتب العلمية .

ثالثاً : أملة القائلين بأن العقيقة مباحة :

استدل القائلون بأن العقيقة مباحة وهم أصحاب الرأي بما يلي :

أولاً : قوله ﷺ حينما سئل عن العقيقة ، فقال : " إن الله تعالى لا يحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة " (١)

وهذا ينفي كون العقيقة سنة لأنه ﷺ علق اللق بالمثينة وهذا أمانة الإباحة (٢)

ويجاب عن هذا :

بأنه لامنافاة بين التفويض إلى الاختيار وبين كون الفعل الذي وقع فيه التفويض سنة (٣)

ثانياً : ماروى عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين أنه قال : " نسخ الأضحى كل ذبح كان قبله " (٤) وهذا الحديث كما يقول أصحاب الرأي : يدل على أن العقيقة كانت في الجاهلية ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام فنسخها ذبح الأضحية ، وفي هذا تقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها * : " نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها ، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله " (٥) والظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله

(١) أخرجه أبو داود و الترمذي .

(٢) مطالع الصنائع للكبائر : ج ٥ ص ٦٩ ط : دار الكتب العلمية .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني : ج ٥ ص ١٣٢ .

(٤) فتح الباري : ج ٢٠ ص ٢٩٢ ، المحلى : ج ٧ ص ٥١٠ .

(٥) فتح الباري لابن حجر : ج ٢٢ ص ٢٢ ، مطالع الصنائع للكبائر : ج ٥ ص ٦٩ .

ﷺ لأن إنتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد ، ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ .

ويجيب عن هذا بثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن هذا الحديث لاحجة فيه لأنه قول محمد بن علي وفي سنده ضعف كما أشار إلى ذلك الحافظ ابن حجر .

الوجه الثاني : أن النسخ لا يثبت الاحتمال ، وإنما لا بد فيه من نص مسند إلى رسول الله ﷺ .

الوجه الثالث : أننا لو سلمنا لكم القول بأن الأضحية نسخت كل دم كان قبلها إلا أننا نقول : إنها كانت واجبة ثم نسخ وجوبها فيبقى الاستحباب كما جاء في صور عاشوراء وفي كل صدقة من الصدقات^(١) .

رابعاً : أدلة القائلين بأنما مكروهة :

استدل القائلون بأن العقيدة مكروهة بما يلي :

أولاً : ماوراه الإمام في الموطأ عن زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه أنه قال : " سئل رسول الله ﷺ عن العقيدة فقال : لا أحب العقوق وكأنه إنما كره الاسم وقال : من ولد له ولد فلحِب أن ينسك عن ولده فليفعل " ^(٢)

^(١) فتح الباري : ج ٢٠ ص ٢٩٢ .

^(٢) ج ٢ ، ص ٤٥ .

وجه الدلالة منه على كراهة العقيقة : واضح جلي ، وهو قول النبي ﷺ " لا أحب العقوق " .

ويجاء عن هذا : بأن الحديث ليس فيه ما يدل على كراهة العقيقة بل آخر الحديث يثبتها وإنما غايته أن يؤخذ منه أن الأولى أن تسمى نسيكة أو ذبيحة ولا تسمى عقيقة ^(١)

ثانيا : ما أخرجه البيهقي في سننه أن النبي ﷺ قال : "إن اليهود تعق عن الغلام ولا تعق عن الجارية" ^(٢) وهذا الحديث يدل على كراهة العقيقة لكونها من فعل أهل الكتاب ، وقد أمرنا بمخالفتهم .
ويجاء عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن العقيقة ليست من فعل أهل الكتاب ، وإنما الذي من فعلهم تخصيص الذكر بالعقيقة دون الأنثى كما دل عليه لفظ الحديث وحتى لو سلمنا جدلا - أنها من فعل أهل الكتاب - فليس في هذا ما يدل على كراهتها لأننا لم نؤمر بمخالفة أهل الكتاب في كل ما يقولونه ويفعلونه وإنما أمرنا فقط بمخالفتهم فيما ورد فيه نص ثابت عن رسول الله ﷺ بل القاعدة : أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ وليس هناك ناسخ فيبقى الحكم على ما هو عليه وهو أن العقيقة سنة ، وليسست مكروهة .

الجواب الثاني : أن الحديث يدل بمقتضى مفهوم المخالفة على أن العقيقة سنة وأن السنة فيها شاتان عن الغلام ، وشاة عن الجارية ، يدل

^(١) صح الباري : ج ٢٠ ص ٢٩٢ .

^(٢) ج ٩ ص ٣٠٢ .

عليه قول النبي ﷺ في آخر الحديث : " ففحقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " .

ثالثاً : ما روى عن فاطمة الزهراء " رضى الله عنهما " ، أنها لما ولدت الحسن بن علي أرادت أن تعق عنه بكبشين فقال لها رسول الله ﷺ :
" لاتعق عنه ، ولكن احلقى رأسه فتصدقى بوزنه من الورق فلما ولدت الحسين فعلت مثل ذلك " (١)

ووجه الدلالة من الحديث :

أن النبي ﷺ " نهى فاطمة رضى الله عنها " أن تعق عن الحسن فلما ولدت الحسين لم تعق عنه أيضا فدل ذلك على كراهة العقيدة
ويجيب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : إن إسناد هذا الحديث ليس بمتصل ، لأن فيه جعفر بن محمد بن علي بن الحسين وهو لم يدرك علي بن أبي طالب (٢)

الجواب الثاني : أن الحديث ليس فيه ما يدل على كراهة العقيدة ، لأن قول النبي ﷺ " لاتعق عنه " لو صح فإنه لا يدل على كراهة العقيدة وإنما يدل على أنه ﷺ أحب أنه يتحمل العقيدة عنها ولذا فإنه قال لفاطمة : " لاتعق عنه " وقد عق (صلوات الله وسلامه عليه) عن الحسن والحسين (رضى الله عنهما) وكفاها المؤنة (٣)

(١) أخرجه الترمذى في سننه : ج ٤ ص ٩٩ لمط : عن رسول الله ﷺ عن الحسن بنه وائل يا ماضة احلقى رأسه ، وتصدقى برنه شعرة فضة .

(٢) سنن الترمذى : ج ٤ ص ٩٩ بتحقيق الشيخ إبراهيم عطوة

(٣) نسخة المودود بأحكام المولود : ص ٢٥ .

رابعاً : أن العقيدة كانت فضلاً ، ومتى نسخ الفضل لا يبقى إلا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فإنهما كانا من الفرائض ، لا من الفضائل فإذا نسخت منهما الفريضة يجوز التنقل بهما ^(١) ويجب عن هذا : بما سبق ذكره من أن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، وإنما لابد فيه من نص مسند إلى رسول الله ﷺ .

ثالثاً : الرأي الراجح :

بعد هذا العرض الذي قدمناه من ذكر أقوال الفقهاء ، وسرد أدلتهم بالتفصيل والتوضيح أرى أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو الرأي القائل : بأن العقيدة سنة وذلك لما يلي :

أولاً : قوة أدلتهم وعلى رأسه هذه الأدلة قول النبي ﷺ حينما سئل عن العقيدة " لا أحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل " وهذا يدل على أنه ﷺ " كره الاسم وندب إلى الفعل بدليل أنه " صلوات الله وسلامه عليه " عق عن الحسن والحسين وقال في الحديث الذي معنا " من أحب أن ينسك عن ولده فليفعل "

ثانياً : ضعف ما استدل به أصحاب القول القائل بعدم سنية العقيدة حيث إنهم قد استدلوا بأدلة لا ترقى إلى مستواها الدلالي على المطلوب ولذا فقد رددت على كل دليل منها على حدة بما يضعف مذهبهم ويؤيد مذهب القائلين بسنية العقيدة .

^(١) ينابيع الصالح للكاسان : ج ٦ ص ٦٩ .

ثالثاً : أن العقيقة كما يقول العلامة ابن القيم حينما شرعت فإنها شرعت شكراً لله وإظهاراً لنعمته التي هي غاية المقصود من النكاح ، فلذا شرع الإطعام للنكاح الذي هو وسيلة إلى حصول هذه النعمة فلأن تشرع عند الغاية المطلوبة أولى وأحرى^(١) وغير مستبعد في حكمة الله في شرعه وقدّر أن تكون العقيقة سبباً لحسن إنبات الولد، ودوام سلامته وطول حياته في حفظه من ضرر الشيطان حتى يكون كل عضو منها فداً كل عضو منه . ومن فوائدها التي تعود بالخير على المولود أنها تفك رهانة ، وهي في نفس الوقت فدية يفدى بها المولود كما فدى الله سبحانه وتعالى - إسماعيل الذبيح بالكبش^(٢)

ولعلني بهذا أكون قد جمعت بين الحسنيين

إحداهما : ترجيح رأى من قوى دليلهم وهم الجمهور .

ثانيهما : بيان حكمة المشرع من مشروعية العقيقة .

والآن وبعد أن فرغت من بيان موقف الفقهاء من العقيقة أنتقل إلى

الحديث عن المقدار الذي يعق به الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق .

^(١) نعمة المردود : ص ٣٩ - ٤٠ .

^(٢) المرحع السابق

المبحث الثالث

المقدار الذي يعق به عن الذكر والأنثى

سوف أتكلم في هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - عن المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية ، ولكن يجدر بنا قبل الحديث عن هذه المسألة أن ننبه القارئ إلى أن العقيقة سنة عن الجارية كما هي سنة عن الغلام ، وهذا هو قول جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين ^(١) ولم يشذ عن هذا القول إلا الحسن البصري ، وقتادة حيث قالوا : بعدم العقيقة عن الجارية ، ولم أر لهما دليلا يحتجان به ويعتمدان عليه غير قولهما : بأن الغلام في قوله النبي ﷺ " مع الغلام عقيقة " اسم للذكر دون الأنثى .

وكذلك قولهما : بأن العقيقة شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة ^(٢) ويجب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أنه ليس في هذا الكلام ما يدل من قريب أو بعيد على التفرقة في هذا الحكم بين الجارية والغلام ، لأن العقيقة كما شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد فإنها شرعت أيضا شكرا للنعمة الحاصلة بالبنات وكيف لا تكون البنات نعمة وهي هبة الواهب ، والواهب يهب لمن يشاء إنثاء ويهب لمن يشاء الذكور ، فالولد والبنات كلاهما نعمة من الله

^(١) المذهب الشافعي : ج ١ ص ٣٢١ ، المغني لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢١ ، تحفة المودود لابن القيم

ص ٣٧/٢٩ .

^(٢) لمراجع السابقة .

يسر بهما المؤمن ، ويشكر عليها الواهب ، فالقول بأن العقيقة شُرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد دون البنت قول يأباه العقل ويرفضه فضلا عن الشرع ، لاسيما وأن سيدنا رسول الله ﷺ قد بين لنا أن الله - سبحانه وتعالى - قد يجعل البنت سترا لأبيها من النار ما دلم قد أحسن أبها وتربيتها حيث قال : " من يلى من هذه البنات شيئا فأحسن إليهن كن له سترا من النار " (١)

الجواب الثاني: أن قول النبي ﷺ : " مع الغلام عقيقة " ليس فيه ما يدل على عدم العقيقة عن الجارية ، وإنما هو من باب تغليب الذكر على الأنثى فى الأحكام التى تستوى فيها المرأة مع الرجل . الأمر الذى يجعلنى أميل إلى ترجيح رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة سنة فى حق الجارية كما هى سنة فى حق الغلام وذلك لما يلى :

أولا : قول النبي ﷺ حينما سئل عن العقيقة ؟ فقال : نعم عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة لا يضرركم ذكرانا كن أو إناثا " (٢)

ثانيا : قوله ﷺ أيضا : " إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " (٣)

ثالثا : قول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) أمرنا رسول الله ﷺ أن نعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية شاة " (٤)

(١) أخرجه من حديث أخرجه البخارى فى صحيحه : ج ٢٢ ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

(٢) أخرجه الترمذى فى سننه : ج ١ ص ٩٨ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

(٣) سبق تفرجه .

(٤) سبق تفرجه .

وهذه النصوص الصريحة تدل دلالة واضحة وبما لا يدع مجالا للشك أو المحاوره على أن العقيدة سنة عن الجارية كما هي سنة عن الغلام .

والآن وبعد أن تبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائل : بسنية العقيدة سواء عن الجارية أو الغلام ، وضعف مذهب الحسن البصري ومن هذا حذوه ننتقل إلى الحديث عما قصدناه في هذه المبحث وهو المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق :

لقد أجمع الفقهاء كما يقول الإمام الشوكاني ^(١) : على أن السنة في العقيدة عن الجارية شاة واحدة ، والأصل في هذا قول النبي ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " ، وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على مقدار العقيدة بالنسبة للأثنى نجدهم قد اختلفوا في مقدارها بالنسبة للذكر وذلك على قولين :

القول الأول : وبه قال : ابن عباس ، وعائشة ، والشافعي ، وإسحاق وأبو ثور ، وأحمد ويرى أصحابه : أن السنة في العقيدة عن الذكر شاتان ^(٢) وقد استكلوا على ذلك بما يلي :

^(١) نيل الأوطار للشوكاني : ج ٤ ص ١٣٤ .

^(٢) لمرجع السابق ، حاشية الدرر على الشرع الكبر : ج ٢ ص ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٥ ، للذهب : ج ١ ص ٣٢١ ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للطبيب الشيرازي : ج ٢ ص ٢٨٣ ، ط : عيسى الحلبي ، المفتي لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٠ ، الإيضاح في معرفة الراعي من الخلاف للمرداوي : ج ٤ ص ١٠٠ ، ط : دار الكتب العلمية .

أولاً : قوله ﷺ في حديث أم كرز حينما سألته عن العقيدة ؟ فقال عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة ولا يضركم ذكرانا كن أم إناثاً ^(١) .

ثانياً : ما روى أن جماعة دخلوا على حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيدة فأخبرتهم أن عائشة (رضي الله عنهما) أخبرتها أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة ^(٢) .

ثالثاً : ما أخرجه البيهقي في سننه عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ قال " إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " ^(٣) .

وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على أن السنة في العقيدة عن الذكر إنما تكون بشاتين .

د- ويحتمل على هذا :

بأن أمره ﷺ بالعق عن الغلام بشاتين إنما هو من باب الزيادة في القرية لا لتوقف حصول النذب عليه بذليل اقتصاره ﷺ على ساة حين عق عن الحسن والحسين ^(٤) .

ويجيب عن هذا :

بأن حديث الشاة في عقيدة النبي ﷺ عن الحسن والحسين من فعل النبي ﷺ ، وأحاديث الشاتين من قوله ، ودلالة القول أرجح من دلالة الفعل ، لأن قوله ﷺ عام وفعله يحتمل الاختصاص .

^(١) سبق ترجمته .

^(٢) أخرجه الترمذي في منه : ج ٤ ص ٩٧ .

^(٣) ج ٩ ص ٣٠٢ .

^(٤) الفواكه الموال في شرح رسالة القميراني لابن مها الشيرازي : ج ١ ص ٤٦٠ ض : مصطفى الخلفي .

القول الثاني: وهو أن الذكر والأنثى في ذلك سواء ومعنى هذا : أن العقيدة عن الذكر وإنما تكون بشاة واحدة ، ولم يقل بهذا الرأي من فقهاء الصحابة ، وأئمة المذاهب فيما أعلم إلا سيدنا عبد الله بن عمر (رضى الله عنهما) وإمام دار الهجرة ^(١) وقد احتجوا على ذلك بما روى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ عَقَّ عن الحسن بشاة وعن الحسين كذلك " ^(٢) وهذا الحديث يدل على الاستواء بين الذكر والأنثى ، وعدم التفصيل بينهما .

ويجاب على هذا :

بأن الحديث لا حجة فيه لوجوه .

الوجه الأول : ما روى عن أم كرز أنها قالت : أتيت رسول الله ﷺ أسأله عن لحوم الهدى ؟ فسمعتة يقول : " عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شلة لا يضركم نكرنا كانت أم إناثا " ^(٣) " ولا خلاف في أن مولد الحسن (رضى الله عنه) كان عام أحد ، وأن مولد الحسين (رضى الله عنه) كان في العام الثاني له وذلك قبل الحديبية بسنتين فصار الحكم لقوله ﷺ المتأخر لالفعله المتقدم .

الوجه الثاني: أن أحاديث الشاتين مشتملة على الزيادة فهي من هذه الحيثية أولى بالقبول والزيادة من العدل لا يحل تركها .

^(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ ، بداية الفتح لابن رشد : ج ١ ص ٤٦٣ ، المحلى لابن

حزم : ج ٧ ص ٥٣٠ - ٥٣١ ، نخبة المودود لابن القيم : ص ٣٧ .

^(٢) أخرجه أبو داود في سننه : ج ٣ ص ١٠٧ .

^(٣) أخرجه النسائي في سننه : ج ٧ ص ١٦٥ .

الوجه الثالث : أن قصة الحسن والحسين يحتمل أن يراد بها جنس المذبوح وأنه من الكباش لا تخصيصه بالواحد كما قالت عائشة (رضى الله عنها) ضحى رسول الله ﷺ عن نسائه بقرة وكن تسعا ومرادها الجنس لا التخصيص بالواحدة .

الوجه الرابع : أن في اقتضاره ﷺ على شاة دليل على أن الشاتين مستحبة وليست بمتعينة ، والشاة جائزة غير مستحبة ^(١) .

ويرى العلامة ابن القيم في كتابة تحفة المودود بأحكام المولود ^(٢) وهو بصدد الحديث عن تفاضل الذكر والأنثى فيها : أنه لاتعارض بحمد الله تعالى بين أحاديث التفضيل بين الذكر والأنثى . وبين حديث ابن عباس في عقيقة الحسن والحسين فإن حديثه قد روى : بلفظين أحدهما : أنه عق عنهما ﷺ كبشا كبشا . والثاني : أنه عق عنهما كبشين ، ولعل الراوى أراد كبشين من كل واحد منهما فاقصر على أحد الكبشين من النبي ﷺ ، والثاني من فاطمة وبهذا تتفق الأحاديث . ولهذا فإننى أرى أن رأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة عن الذكر إنما تكون بشاتين ، فإن عق بشاة واحد جاز ذلك ولا يستحب ، لأن العقيقة حينما شرعت فإنما شرعت للسور بالمولود ، وبما أن السور بالغلام يكون أكثر لذا فإن الذبح عنه يكون أكثر ، وتلك قاعدة الشريعة فإن الله سبحانه وتعالى فاضل بين الذكر والأنثى وجعل الأنثى النصف

^(١) نيل الأوطار للشركان : جـ ١ ص ١٣٤ ، بداية العهد لابن رشد : جـ ١ ص ٤١٣ ، المحلى لابن حزم : جـ ٧

ص ٥٣٠ - ٥٣١ .

^(٢) ص ٣٨ .

من الذكر في الموارِيث ، والديّات ، والشهادات ، والعنق ولهذا قال النبي ﷺ : " أيما امرئ مسلم أعتق مسلما كان فكاكه من النار يجرى كل عضو منه عضوا منه ، وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجرى كل عضو منهما كل عضو منه " ^(١) فجرت المفاضلة في العقوبة هذا المجرى لو لم يكن فيها سنة ، كيف والسنن الثابتة صريحة بالتفصيل .

^(١) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ١١٧ - ١١٨ .

المبحث الرابع

مايجزئ في العقيقة من النعم

سوف أتكلم في هذا للمبحث - إن شاء الله تعالى - عن جنس العقيقة ، وسنها وذلك بعد أن يسر الله لنا الحديث عن المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية وذلك فيما إذا كانت العقيقة من الضأن حيث أجمع الفقهاء على جواز العقيقة بالضال مستلین على ذلك بقول النبي ﷺ " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " وقد تناولنا هذه المسألة بشئ من التفضيل والتوضيح فارجع إليها إن شئت .

أما إذا كانت العقيقة من بهيمة الأنعام لكنها لم تكن من الضأن بل كانت من الإبل أو البقر فما للحكم في ذلك هل يجزئ فيها ما يجزئ في الغنم أم لا ؟

للإجابة عن هذا السؤال الذي فرض نفسه علينا في هذا المقام أقول وبالله التوفيق .

ذهب جمهور الفقهاء ^(١) إلى القول : بأن العقيقة تجزئ بالأبل أو البقر ، أو بأي نوع من الأزواج الثمانية ، وقد استدلوا على ذلك بالسنة ، والقياس

فأما السنة : فقوله ﷺ : " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما ^(٢) .

^(١) نيل الأوطار للشوكاني : جده ص ١٣٨ ، مدائع الصنائع للكاساني : جده ص ٩٦ ، حاشية الذشوقي على الشرح الكبير : جده ٢ ص ١٢٦ ، بداية المجتهد لايد رشد : جده ١ ص ٤٦٣ ، تحفة المودود لاسن القيم : ص ٤٨ .

^(٢) سبق غرضه .

ووجه الدلالة منه على جواز العقيقة بأي جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل، أو البقر، أو الغنم) : واضح جلي وهو أن النبي ﷺ لم يذكر دماً دون دم وهذا يدل على أن كل ما ينبج عن المولود على ظاهر هذا الخبر فإنه يجزئ ما دام من بهيمة الأنعام .

ويعترض على هذا الحديث : بأنه مجمل ، وقول النبي ﷺ : " عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة " مفسر ، والمفسر أولى من المجمل ^(١)

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن مجرد ذكرها لا ينفى إجزاء غيرها .

الجواب الثاني : أن تخصيص الشاة بالذكر في الحديث لبيان الأفضل والأيسر .

٢- ماروى عن أنس مرفوعاً أنه قال : يعق عنه من الإبل ، والبقر ، والغنم " ^(٢) وهو نص صريح في إجزاء الإبل والبقر .

وأما القياس : فهو أن العقيقة نسك فوجب أن يكون الأعظم فيها أفضل قياساً على الهدايا ^(٣) .

٢- بينما ذهب ابن حزم أنه لا يجزئ في العقيقة إلا ما يطلق عليه اسم شاة إما من الضأن ، وإما من المعز ، وهو قول : حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر كما نقله عنها ابن المنذر ^(٤) ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " .

^(١) المحلى لابن حزم : ج ٧ ص ٢٧٧ .

^(٢) أخرجه الطبراني .

^(٣) بداية المجتهد لأبى رشد : ج ١ ص ٤٦٣ .

^(٤) نيل الأوطار للشوكاني : ج ١ ص ١٣٨ ، نكتة الفوائد لابن القيم : ص ٤٨ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث على عدم جواز العقيدة بغير الشاة : ذكرها في أحاديث العقيدة دون غيرها ^(١) .

ويجاب عن هذا :

بأن مجرد ذكرها في بعض الأحاديث لا ينفي إجزاء غيرها ولعله لبيان الأفضل فيها والأيسر ومن هنا فإنني أرى أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل : بأن العقيدة تجزئ بأن جنس من الأجناس الثلاثة ، ويدخل في كل جنس نوعه والذكر والأنثى منه ، وذلك قياساً على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولا نذر فكما أن الأضحية تجزئ بغير الضأن من الإبل ، أو البقر فكذلك العقيدة . بيد أن الضأن فيها أفضل من غيره نظراً لطيب اللحم ، ولأن النبي ﷺ عق به ولا يفعل (صلوات الله وسلامه عليه) إلا الأفضل ولو علم الله خيراً منه لفدى به إسماعيل (عليه السلام) . هذا وينبغي علينا أن نلاحظ أن أصحاب هذا القول وإن كانوا قد اتفقوا فيما بينهم على جواز العقيدة بالإبل والبقر إلا أنهم اختلفوا في حكم الاشتراك فيهما على قولين:

القول الأول : أنه يجوز اشتراك سبعة في الإبل ، أو البقر قياساً على الأضحية وهو قول : الرافعي ^(٢)

القول الثاني : أنه لا يصح الاشتراك فيها بل تشترط أن تكون بدنسة ، أو بقرة كاملة ، وهذا هو قول : الإمام أحمد ^(٣) . وهو الرأي الراجح كما

^(١) نيل الأوطار : ج ٥ ص ١٣٨ .

^(٢) المرجع السابق ، وانظر المجموع شرح المهذب للنووي : ج ٤ ص ٤٠٤ ، ط دار الفكر للطباعة والنشر /

والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للردفوي : ج ٤ ص ١٠٤ .

^(٣) للمرجعين السابقين

يرى العلامة ابن القيم معللاً ترجيحاً له بقوله : إن هذه الذبيحة جارية مجرى فداء المولود لذا كان المشرع فيها دماً كاملاً لتكون نفس فداء نفس.

ولو صح الاشتراك فيها لما حصل المقصود من إراقة الدم عن الولد ، فإن إراقة الدم تقع عن واحد ، ويحصل لباقي الأولاد إخراج اللحم فقط ، والمقصود نفس الإراقة عن الولد اتباعاً لمنة النبي ﷺ وسنة النبي ﷺ أحق وأولى أن تتبع ^(١) وقد شرع ﷺ في العقيدة عن الغلام بيمين مستقلين لا يقوم مقامها جزورة ولا بقرة .

وأما سننها :

فقد اتفق الفقهاء على جواز العقيدة بالمسنة ^(٢) لقول النبي ﷺ : " لا تنبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتنبحوا جذعة من الضأن " ^(٣) واختلفوا في الجذع ^(٤) من الضأن على قولين :

^(١) تنفة المولود لآل القيم : ص ٤٧ .

^(٢) بل الأوطار للشوكان : ح ١١٣ ، الفقه الإسلامي وأدلة للذكور / روضة الرحلى : ح ٣ ص ٦١٤ / ط : دار الفكر ، والمسنة : هي التبة من كل شيء من الإبل ، والفر ، والغنم ، ويكون ذلك في انحر وإخلاف في السنة الثالثة ، وفي الإبل في السنة السادسة انظر : مختار الصحاح للرازي : ص ٨٨ ، نيل الأوضار للشوكان : ح ١١٣ .

^(٣) أخرجه مسلم في صحيحه : ح ٧ ص ١١٧ ، ط : دار الريان للتراث ، وأخرجه ابن ماجه في سننه : ح ٢ ص ٢٧ .

^(٤) الجذع من الضأن : ما له سنة تامة وهذا هو المشهور عند أهل اللغة ، وجمهور أهل العلم من غيره ، ولولد الفرس والحافر في السنة الثالثة ، ولإبل في السنة الخامسة . انظر : مختار الصحاح للرازي : ص ٩٧ ، نيل الأوطار للشوكان : ح ١١٣ .

القول الأول: أنه لايجزئ الجذع لا من الضأن ، ولا من غيره وهو قول ابن عمر ، والزهرى ^(١) ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ " لا تنبحوا إلا مسنة " .

ووجه الدلالة منه على عدم العقيدة إلا بالمسنة : أن النبي ﷺ نهى عن التضحية بما عدا المسنة مما دونها ، وهذا تصريح بأنه لايجزئ إلا إذا عسر على العاق وجود المسنة .
ويجاء عن هذا :

بأن الحديث محمول على الاستحباب وتقديره : يستحب لكم أن لا تنبحوا إلى مسنة فإن عجزتم فجذعة ضأن ، وليس فيه تصريح بمنع جذعة الضأن وأنها لا تجزئ بحال ^(٢) .

فإن قال لنا قائل : لابد من مقتص للتأويل المذكور قلنا : حديث أبي هريرة ، وما بعده والذي سوف يأتي في أدلة الجمهور يصلح لجعله قرينة مقتضية للتأويل فيتعين المصير إليه لذلك ^(٣) .

القول الثاني: أن الجذع من الضأن يجزئ ، وهذا هو قول الجمهور / وقد قال الإمام النووي : مذهب العلماء كافة : أنه يجزئ سواء وجد غيره أم لا ^(٤) وقد استدلوا على ذلك بما يلي :
أولا : قوله ﷺ : " نعمت الأضحية الجذع من الضأن " ^(٥) .

^(١) المرجع السابق .

^(٢) المرجع السابق .

^(٣) المرجع السابق .

^(٤) المجموع للنووي : ج ٤ ص ٤٠٩ ، روضة الطالبين للثوري : ج ٣ ص ٤٩٩ .

^(٥) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ٨٧ .

ثانياً : ماروى عن أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال :
"يجوز الجذع من الضأن ضحية ^(١)"

ثالثاً : ماروى عن مجاشع بن سليم أن النبي ﷺ كان يقول : " إن الجذع
يوفى مما توفي منه الثنية ^(٢)"

ويعترض عليه : بأن فى إسناده عاصم بن كليب ، وقد قال عنه ابن
المدينى : لا يحتج به إذا انفرد .

ويجاب عن هذا : بأن الإمام أحمد قال عنه : لا بأس به ، وقال أبو حاتم
الرازى عنه : إنه رجل صالح ، وقد أخرج له الإمام
مسلم فى صحيحه ^(٣) .

رابعاً : ماروى عن عقبة بن عامر أنه قال : ضحينا مع رسول الله ﷺ
بالجذع من الضأن ^(٤) وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة وبما
لا يدع مجالاً للشك أو الخلاف على جواز التضحية والعقيقة
بالجذع من الضأن، ومن هنا فإننى أرى أن رأى الراجح فى هذه
المسألة هو رأى الجمهور القائل : بجوار العقيقة بالجذع من
الضأن ، لأن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما نسك
وهذا يدل على أنه يجزئ فيها ما يجزئ فى النسك سواء من
الضحايا أو الهدايا ، ولأنه ذبح مسنون إما واجبا وإما استحبابا
يجرى مجرى الهدى ، والأضحية فى الصدقة ، والهدية والتقرب

^(١) أخرجه ابن ماجه فى سننه : ج ٢ ص ٢٧٥ ط : دار الخيل - لبنان .

^(٢) أخرجه ابن ماجه فى سننه : ج ٢ ص ٢٧٥ ط : دار الخيل - لبنان .

^(٣) نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ ص ١١٤ .

^(٤) أخرجه النسائى فى سننه : ج ٣ ص ٥٧ ط : دار الكتب العلمية - بيروت

إلى الله تعالى فاعتبر فيها المن الذي يجزئ فيهما ولأنه شرع بوصف التمام والكمال ، ولهذا شرع في حق الغلام شاتان وشرع أن تكونا متكافئتين لا تنقص إحداهما عن الأخرى فاعتبر أن يكون سنهما من الذبائح المأمور بها ، ولهذا جرت مجراها في عامة أحكامها^(١)

(١) تحفة المودود لأبي التميم : ص ٤٠ .

المبحث الخامس وقت العقيدة

أجمع القائلون بمشروعية العقيدة على استحباب نبحها يوم السابع^(١) لقول النبي ﷺ : " الغلام مرتين بعقيقته ، ينبح عنه يوم السابع ويسمى ، ويحلق رأسه " ^(٢) وقول أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) " عق رسول الله ﷺ عن حسن وحسين يوم السابع ، وسماها ، وأمر أن يعاط عن رؤوسهما الأذى ^(٣) " .

وجه الدلالة من هذين الحديثين الشريفين على استحباب نبح العقيدة يوم سابع ولادة المولود : واضح جلي وهو ثبوت ذلك بالسنة القولية ، والفعلية ، والحكمة من ذلك كما يقول العلامة ابن القيم في كتابة: تحفة المودود بأحكام المولود ^(٤) : أن الطفل حين يولد يكون أمره مترددا بين السلامة والعطب ، ولا يدرى هل هو من أمر الحياة أولا إلى أن تأتي عليه مدة يستدل بما يشاهد من أحواله فيها على سلامة بنيته وصحة خلقته وأنه قابل للحياة ، وجعل مقدار تلك المدة أيام الأسبوع فإنه دور يومي ، كما أن السنة دور شهري . هذا هو الزمان الذي قدره الله

^(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٦ ، المجموع شرح للمذهب للنووي : ج ٨ ص ٤١١ ، روضة الطالبين للنووي : ج ٣ ص ٤٩٧ ، المعى لاسن قلادة : ج ١١ ص ١٢١ ، الأنصاف في معرفة الرابح من الخلاف للنردوى : ج ٤ ص ١٠١ .

^(٢) سبق ترجمته .

^(٣) أخرجه البيهقي في سننه بلفظ : عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين وحلق شعورهما وتصدقت فاطمة بزنته فضة :

ص ٢٠٠

^(٤) ص ٥٦ - ٥٧ .

يوم خلق السموات والأرض وهو تعالى خص أيام تخليق العالم بستة أيام وكنى كل يوم منها اسماً يخصه به ، وخص كل يوم منها بصنف من الخليقة أوجده فيها وجعل يوم إكمال الخلق واجتماعه ، وهو يوم اجتماع الخليقة مجمعا وعيدا للمؤمنين يجتمعون فيه لعبادته وذكره والثناء عليه وتحميده وتمجيده والتفرغ من أشغال الدنيا لشكره والإقبال على خدمته ، وذكر ما كان في ذلك اليوم من المبدأ وما يكون فيه من المعاد ، وهو اليوم الذي استوى فيه الرب (تبارك وتعالى) على عرشه ، واليوم الذي خلق الله فيه أبانا آدم واليوم الذي أسكنه فيه الجنة ، واليوم الذي أخرجه منها واليوم ينقضى فيه أجل الدنيا وتقوم الساعة وفيه يجيء الله (سبحانه وتعالى) ويحاسب خلقه ، ويدخل أهل الجنة منازلهم ، وأهل النار منازلهم. والمقصود أن هذه الأيام أول مراتب العمر ، فإذا استكملها المولود انتقل إلى المرتبة الثانية وهي الشهور ، فإذا استكملها انتقل إلى الثالثة وهي السنين فما نقص عن هذه الأيام فغير مستوف للخليقة ، وما زاد عليها فهو مكرر يعاد عند ذكره اسم ما تقدم من عدده ، فكانت الستة غاية لتمام الخلق وجمع في آخر اليوم السادس منها فجعلت تسمية المولود وإمطاة الأذى عنه وفديته وفك رهانه في اليوم السابع كما جعل الله (سبحانه وتعالى) اليوم السابع من الأسبوع عيدا لهم يجتمعون فيه مظهرين شكره ونكره " فرحين بما آتاهم الله من فضله^(١) من تفضيله لهم على سائر الخلائق المخلوقة في الأيام قبله فإن الله (سبحانه وتعالى) أجرى حكمته بتغيير حال العبد في كل سبعة أيام وانتقاله من حال إلى

^(١) جزء من الآية : ١٧٠ من سورة آل عمران .

حال ، فكان السبعة طورا من أطواره وطبقا من أطباقه . ولهذا تجد المريض تتغير أحواله في اليوم السابع ولا بد إما إلى قوة وإما إلى انحطاط ولما اقتضت حكمته (سبحانه) ذلك شرع لعباده كل سبعة أيام يوما يرغبون فيه إليه يتضرعون إليه ويدعونه فيكون ذلك من أعظم الأسباب في صلاحهم وفي معاشهم ومعادهم ودفع كثير من الشرور عنهم " فصبجان من بهرت حكمته العقول في شرعه وخلقه "

هذا وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على استحباب ذبح العقيقة يوم السابع نجدهم قد اختلفوا في حكمها بالنسبة لمن ذبح قبله أو بعده وذلك على أربعة أقوال :

القول الأول وبه قال : الإمام مالك في رواية عنه وهو أن العقيقة مؤقته باليوم السابع ^(١) ومعنى هذا أنه إن ذبح قبله لم يقع الموقع ، وأنها تقوت بعده ، وقد نقل صاحب البحر عن الإمام يحيى : أنها لاتجزئ قبل السابع ولا بعده إجماعا ^(٢) وقد استدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ : " كل غلام مرتين بعقيقته يذبح عنه يوم السابع " وفيه دليل على أن وقت العقيقة هو سابع الولادة ، وأنها تقوت بعده وتسقط إن مات قبله ^(٣) .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول: أن دعوى الإجماع مجازفة لما ورد من الخلاف المنكور ^(٤)

^(١) نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ ص ١٣٣ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، مواهب

الجمال للطباط : ج ١ ص ٢٥٦ .

^(٢) المراجع السابقة .

^(٣) للمراجع السابقة .

^(٤) نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ ص ١٣٥ .

الجواب الثاني: أن الحديث ليس فيه ما يدل على عدم إجزاء العقيقة لسو نبحت قبل السابع أو بعده لأن تأقيت العقيقة بيوم السابع إنما هو على سبيل النذب والاستحباب وليس على سبيل اللزوم والوجوب .

القول الثاني: أن العقيقة تستحب في يوم السابع فإن لم يتها لهم نبحها في يوم السابع ففي يوم الرابع عشر ، فإن لم يتها لهم يوم الرابع عشر ففي يوم الحادى والعشرين ، وهذا القول نقله الإمام الترمذى عن أهل العلم وتعبه الحافظ ابن حجر بأنه لم ينقل ذلك صريحا إلى عن أبى الله البوسنجى ، ونقله صالح بن أحمد عن أبيه ، وبه قال : المالكية فى قول عندهم ، وإسحاق ، ويروى هذا عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) والظاهر أنها لا تقوله إلا توقيفا ^(١)

ويجاب عن هذا القول : بأن التقيد باستحباب نبح العقيقة فى هذه الأيام الثلاث دون غيرها ليس له ما يدل عليه ، وأما ما روى عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) فلعله اجتهد منها قصدت به الحث على المسارعة فى تنفيذ هذه السنة وعدم تأخيرها عن هذه المدة خشية تركها .

القول الثالث : أنه يستحب نبح العقيقة فى يوم السابع فإن فات استحب فى كل سابع قياسا على ما قبله ، أو فى أى وقت آخر شريطة أن يكون ذلك قبل البلوغ ، لأنه إذا بلغ ولم يعق عنه وليه فلا يعق عن نفسه وهذا هو قول : الإمام أحمد ^(٢) وحجته فى هذا ما يلى :

^(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ / مواهب الجليل للحطاب : ج ٤ ص ٢٥٦ / المغنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢١ .

^(٢) فتح البارى لابن حجر : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، المغنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٢ ، الأنصاف فى معرفة الرائج من الخلاف : ج ٤ ص ١٠٢ ، نعمة المودود لابن القيم : ص ٣٥

أولاً : أن المقصود يحدث في أى وقت مادم قبل البلوغ .

ثانياً : أن هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها .

ثالثاً : أن العقيقة شرعت في حق غير المولود .

القول الرابع : وهو أنه إن قدم نبح العقيقة بعد الولادة وقبل كمال السبعة جارت تعجيلاً وقام بها سنة العقيقة ، وإن عجلها قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة وكانت ذبيحة لحم ، وإن أخرها بعد السبعة كانت قضاء مجزياً لكن ينبغي عليه ألا يتجاوز بها مدة الرضاع لبقاء أحكام الطفولة ، فإن أخرها عن مدة الرضاع فيجب ألا يتجاوز بها مدة البلوغ لبقاء أحكام الصغير ، فإن أخرها حتى يبلغ سقط حكمها في حق غير المولود ، وأصبح مخيراً في العقيقة عن نفسه إن شاء عاق عن نفسه وأُتيب على ذلك ، وإن شاء لم يعاق ولن يعاقب على ذلك وهو قول الشافعية ، وبه قال عطاء ، والحسن واستحسنه القفال ، والشافعى ومحمد ابن سيرين ^(١) مستثنين على ذلك بالسنة ، والمعقول :

فأما السنة : فما روى عن أنس أن النبي ﷺ : " عاق عن نفسه بعد النبوة ^(٢)

ويجاب عن هذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث باطل ، قال البيهقى : هو حديث منكر وفيه عبد الله بن محرر ، وهو ضعيف جداً ، وقال عبد الرزاق : إنما تكلموا

^(١) نيل الأوطار للشوكان : جده ص ١٣٣ ، فتح الباري : ج ٢٠ ص ٣٠١ ، المجموع شرح المذهب للنسوى :

جده ص ٤١١ ، روضة الطالبين للنووى : ج ٤ ص ٤٩٨ ، انظر : الحاوى الكبير للمارودى بتحقيق : طلبة

عبد المال طلبة : ص ١٨٠ - ١٨١ .

^(٢) أخرجه البيهقى في سننه : ج ٩ ص ٣٠٠ .

فيه لأجل هذا الحديث ، قال: البيهقي وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن قتادة ، ومن وجه آخر عن أنس ، وليس بشئ فهو حديث باطل وعبد الله بن محرر ضعيف متفق على ضعفه ، قال الحافظ : هو متروك ^(١)

الوجه الثاني: إن صح هذا الخبر كان من خصائصه ﷺ كما قالوا في تضحيتِه عن لم يضح من أمته ^(٢)

ويجيب عن هذا : بأن الحديث وإن كان ضعيفا فإن الحكم في الأصل على التخيير بمعنى أنه شاء عق عن نفسه وأثبت عن ذلك ، وإن شاء لم يعق ولن يعاقب على ذلك .

وأما المعقول : فهو أن العقيدة مشروعة عنه ، وهو مرتين بها فينبغي أن يشرع له فكأنك نفسه ^(٣) والذي أراه راجحا من هذه الأقوال : هو القول الرابع القائل : بأنه إذا بلغ الغلام وكسب ولن يعق عنه والده ، أو وليه فقد سقط حكمها في حق غير المولود ، وأصبح مخيرا في العقيدة عن نفسه إن شاء عق وأثبت على ذلك ، وإن شاء لم يعق ولم يعاقب على ذلك .

^(١) تلخيص الخبير لابن حجر : ج ٤ ص ١٩١ ، المجموع للويزي : ج ٨ ص ٤١٢ ، فتح الباري لابن حجر : ج ٢٠ ص ٣٠١ .

^(٢) المرجع السابق :

^(٣) المجموع شرح المنهاج للويزي : ج ٨ ص ٤٩٨ .

المبحث السادس

شروط^(١) العقيقة

لما كانت العقيقة ذات شبه بالأضحية من حيث إن كلا منهما إراقة دم بغير جنابة ولا نذر لذا فإنه يشترط فيها ما يشترط في الأضحية وهذا هو قول : المالكية والشافعية في وجهه ، والإمام يحيى ، والحنابلة^(٢) بينما ذهب الشافعية في وجه آخر عندهم إلى أنه لا يشترط في العقيقة ما يشترط في الأضحية^(٣) لعدم ورود ما يدل على تلك الشروط المذكورة في الأضحية ، وهي أحكام شرعية لا تثبت بدون دليل .

د - ويجاب عن هذا :

بأن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع التقرب إلى الله تعالى بإراقة الدم ، ومن ثم فإنه يشترط فيها ما يشترط في الأضحية وهذه الشروط التي اشتراطها للفقهاء في العقيقة لا بد من توافرها وتحققها على

^(١) الشرط لفظ : العلامة . قال المرحوم : الشرط عبارة عن العلامة ، أما الشرط بفتح الراء فهو بمعنى العلامة ومنه قوله (تعالى) : " فقد جاء أشراطها " - أي علامتها - انظر : التعريفات للمرحوم : ص ١١ ، معجم مقاييس اللغة لابن زكربا : ج ٣ ص ٢٦٠ ، مفردات عرب القرآن للأصفهاني : ص ٢٥٨ ، واصطلاحا . وصفت ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم الشروط ولا يلزم من وجوده وجود الشروط ولا عدمه ، فالشرط هذا للمعنى أمر زائد على ماعية الفعل وإن توقف وجود الفعل على وجوده وعدمه بمنع من غير تأثير في وجود ذلك الفعل ومثال ذلك الطهارة شرط في صحة الصلاة ، وهي زائدة عن حقيقة الصلاة ولكن يتوقف وجود الصلاة شرعا على وجودها : كما يلزم من عدمها عدم الصلاة ولا يلزم من وجودها وجود الصلاة لانه يمنع من ذلك : أن الوقت لم يدخل مثلا فتوجد الطهارة ولا توجد الصلاة . انظر : إرشاد النحول للشركاني : ص ٧ ط : معطى الحلبى ، الشرح الصغير للدردير : ج ٢ ص ٢٤٨ ط : الإدارة العامة للمعاهدة الأزهرية .

^(٢) الشرح الصغير للدردير : ج ٢ ص ٢٦٩ ، الفواكه النوان في شرح رسالة القيروان لابن مهنا النراوى : ج ١ ص ٤٥٩ ، المجموع شرح للمذهب للنووى : / ج ٨ ص ٤٠٩ ، للمعنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٣ .

^(٣) نيل الأوطار للشركاني : ج ٢ ص ١٣٨ .

الوجه الأكمل حتى يتحقق القصد منها وهو التقرب إلى الله (سبحانه وتعالى) وهذه الشروط أذكرها على النحو التالي^(١)

الشروط الأول : القدرة عليها : ومعنى هذا أن العقيقة لا تجب عند من يقول بوجوبها ، أو بسنيتها على العاجز عنها ، والمقصود بالقدرة عليها عدم الحاجة إلى ثمنها لأمر ضروري وهذا هو رأى المالكية^(٢) ، بينما ذهب الحنابلة^(٣) إلى أن العقيقة تسن على القادر عليها وهو الذي يمكنه الحصول على ثمنها ، ولو بالدين ما دام يقدر على وفاء دينه .

الشروط الثاني : سلامة العقيقة من العيوب الفاحشة التي تؤدي عادة إلى نقص اللحم ، أو الإضرار بالصحة^(٤) كالعيوب الأربعة المتفق على كونها مانعة من التضحية وهي العور البين ، والمرض البين ، والعرج والعجف (الهزال) فلا تجزئ العوراء البين عورها ، ولا المريضة البين مرضها ، ولا العرجاء البين ضلعها ، ولا العجفاء التي اشتمد هزالها وكذا كل ما كان في معناها ، أو أقبح منها كالعمى ، وقطع الرجل وشبهه لقول النبي ﷺ : " أربع لا تجوز في الأضاحي للعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها ، والكسير التي لا تنقى^(٥) " .

^(١) انظر شروط الأضحية : نيل الأوطار للشوكاني : ج ١ - ص ١١٥ ، ١١٧ ، حاشية ابن عابدين : ج ٥ - ص ٢٢٦ ، بدائع الصنائع للكاظمي : ج ٥ - ص ٦٩ ، الشرح الكبير للدردير : ج ٢٠ - ص ١١٨ ، بداية الفقه لابن رشد : ج ١ - ص ٤٣٠ ، ملهذه للشيرازي : ج ١ - ص ٣٢١ ، ثقة المؤدود لابن القيم : ص ٤٦ ، ٤٧ .

^(٢) شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني : ج ١ - ص ٣٦٧ .

^(٣) كشف القناع لابن إدريس الجوهري : ج ٣ - ص ١٨ .

^(٤) انظر هنا الشرط : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي : ج ٢ - ص ٤٦ .

^(٥) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ - ص ٨٥ ، ٨٦ .

الشرط الثالث : كون العقيقة في وقت مخصص وهو بعد الولادة ومعنى هذا أنه إن تعجل فذبح قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة. وكانت نبيحة لحم .

الشرط الرابع : نية العقيقة فلا تجزئ بدونها ، لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة ، والفعل لا يقع قربة بدون النية لفول النبي ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " (١)

الشرط الخامس : أن تكون العقيقة من الأزواج الثمانية المذكورة في قوله تعالى : " ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين " (٢) " لأن العقيقة عباده تتعلق بالحيوان فتختص بالنعم كالزكاة ، ولذا فإنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه التضحية أو العقيقة بغيرها .

وهذه هي شروط العقيقة المتفق عليها كما ذكرها الجمهور ، وذكر المالكية (٣) شرطان آخران :

الشرط الأول : كون الذبح نهارا فلو ذبح ليلا لم تصح عقيقته ولعل الحكمة من اشتراط المالكية لهذا الشرط تتمثل في الخوف من الخطأ في الذبح ليلا ، أو لأن الفقراء لا يحضرون للعقيقة بالليل كحضورهم بالنهار أو لأن الليل يتعذر فيه تفرقة اللحم في الغالب فلا يفرق طازجا طريا فيفوت بعض المقصود .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه : ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) جزء من الآية : ١٤٣ من سورة الأنعام .

(٣) الشرح الصغير للرددير : ج ٢ ص ٦٩ ، مواهب الخليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٧ ، الفواكه النادرة في شرح

رسالة التفروان لابن مهنا التفرواني : ج ١ ص ٤٥٩ .

الشروط الثاني: إسلام الذابح ومعنى هذا : أن العقيدة لا تصح بذبح كافر
أنابه صاحب العقيدة .

المبحث السابع

مصرف العقيقة

إذا نظرنا إلى الحكمة التي من أجلها شرعت العقيقة عن المولود فسوف نجد أنها تتمثل في عدة أمور نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مايلي :

أولاً : أنها قربان يقرب به عن المولود في أول أوقات خروجه إلى الدنيا.

ثانياً : أنها تفك رهان المولود ، ومن ثم فإن المقصود منها وهو القرابة يتحقق بمجرد إراقة الدم أما حكم لحكمها ، وجلدها بعد إراقة دمها فهو كالضحايا قياساً عليها ^(١) لأنها نسكة مشروعة غير واجبة فأشبهت الأضحية ، ولأنها أشبهتها في صفاتها وسنها وشروطها فأشبهتها في مصرفها وهذا يدل على أنه يسلك في العقيقة مسلك الضحايا من حيث الجمع بين الأكل منها ، والتصدق ، والإهداء . ولكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن ^(٢) خلافاً للمالكية ^(٣) الذين يقولون بكرامة جعلها وليمة .

هذا وإذا كانت العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جنابة ولأنذر لذا فإنه يحرم بيع جلدها ، وشحمها ، ولحمها

^(١) انظر بدائع الصنائع للكاظمي : ج ٤ ص ٨٠ شرح الكبير للردودي : ج ٢ ص ١٢٢ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ١ ص ٤٦٤ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن حري : ص ١٨٩ ، المجموع شرح المذهب للسروري : ج ٨ ص ٤١٣ ، روضة الطالب للزوي : ج ٣ ص ٤٩٩ ، المعنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٣ الإصناف للمردواي : ج ٤ ص ١٠٣ .

^(٢) المعنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٤ .

^(٣) مواهب الحليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٧ .

وأطرافها ، ورأسها ، وصوفها ، وشعرها ، ووبرها ، ولبنها الذي يحلبه منها بعد نحبها لان النبي ﷺ أمر بقسم جلودها ونهى عن بيعه فقال : " من باع جلد أضحيت له (١) " .

ولا يجوز إعطاء جلدها للذابح أو شيئا منها كأجر له لما روى عن علي (رضي الله عنه) أنه قال أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على نبح (بينة) وأن أقسم جلودها وجلالها وألا أعطى الجازر شيئا منها وقال : " نحن نعطيهِ من عندنا (٢) " فإن أعطى الجزار شيئا لفقره ، أو على سبيل الهدية فلا بأس لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره ، بل هو أولى لأنه باشرها وتاقت نفسه إليها .

ولصاحب العقيدة أن ينتفع بجلدها باستعماله في البيت كجراب وسقاء ، وفرو ، وغربال ، ونحوها لما روى عن السيدة عائشة (رضي الله عنها) أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ، وذهب الإمام أحمد في المنصوص عنه إلى القول : بجواز بيع الجلد والرأس والسقط على أن يتصدق بثمنه لأن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت للهدى والعقيقة شرعت عند سرور حادث ، وتجدد نعمة فأشبهت للذبيحة في الوليمة ، ولأن الذبيحة هنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره والصدقة بثمن ما يبيع منها بمنزلة الصدقة في فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك (٣)

(١) رواه الحاكم وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه البيهقي أيضا في سننه : ج ١ - ص ٢٩٤ انظر : نصب الرأية للزملي : ج ١ - ص ٢١٨ .

(٢) متفق عليه .

(٣) للمع لابن قدامة : ج ١١ - ص ١٢٤ ، الإيضاح في معرفة الرائج من الخلاف للمرطوي : ج ١ - ص ١٠٣ .

وهو رأى وجبه لكونه يتمشى مع مصلحة الفقراء والمساكين هذا ويستحب إعطاء القابلة من العقيقة لما فى مراسيل أبى داود أن النبى ﷺ قال فى العقيقة التى عقتها فاطمة عن الحسن والحسين أن يبعثوا إلى القابلة برجل ^(١) " هذا ويكره عند المالكية : أن يطعم منها يهوديا أو نصرانيا ، وكذا يكره عندهم عملها وليمة يدعو الناس إليها ^(٢) وسوف يأتى بيان الحكمة التى من أجلها كره المالكية عملها وليمة وذلك عند الكلام عن مكروهات العقيقة فى المبحث الذى بعد ذلك .

^(١) أنظر المجموع شرح المذهب للنووى : ج ٨ ص ٤١١ ، نعمة المودود أحكام المودود لابن القيم : ص ٤٩ .

^(٢) الفواكه النوانى فى شرح رسالة القزوينى : ج ١ ص ٤٦٠ .

المبحث الثامن

مستحبات العقيدة ، ومكروهااتها

سوف أتكلم في هذا المبحث - إن شاء الله تعالى عن الأمور التي
تسحب في العقيدة ، والتي تكره فأقول وبالله التوفيق :

أولاً : ما يستحب في العقيدة :^(١)

١- **يستحب في العقيدة** : أن يسمى الله تعالى عند ذبحها ويقول : " بسم
الله اللهم لك وإليك عقيقة فلان " ^(٢) قال ابن المنذر : هذا حسن وإن
نوى العقيقة ولم يتكلم أجزاه (إن شاء الله)

٢- **يستحب في العقيدة** : أن تفضل أعضاؤها ولا يكسر شيء من
عظامها تفاؤلاً بسلامة أعضاء المولود ، لما روى عن عائشة
(رضي الله عنها) أنها قالت : " السنة شاتان مكافئتان عن الغلام
وعن الجارية شاة " ^(٣) وكان عطاء يقول : تطبخ جدولا ^(٤) ولا
يكسر عظم ، ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك في يوم السابع .

^(١) انظر مستحبات العقيدة : مواهب الجليل للحطاب : ج ٣ ص ٥٧ ، الفواكه الدواني في شرح رسالة الفيروان :
ج ١ ص ٤٦ ، المجموع شرح المذهب للنووي : ج ٥ ص ٤٠ - ٤١ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٤ ، روضة
الطالين للنووي : ج ٣ ص ٥٠ ، للمنفق لابن قلعة : ج ١١ ص ١٢ ، الإيضاح في معرفة الرائج من
الخلايف للمرغادى : ج ٤ ص ١٠ ، تحفة المودود لابن القيم : ٣٦ - ٤١ - ٤٣ - ٤٤ - ٤٩ .

^(٢) روضة البهيقي بإسناد حسن : ج ٩ ص ٣٠٤

^(٣) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ٩٧ ، والبيهقي في سننه : ج ٤ ص ٣٠٢ .

^(٤) جدولا : أي لا يكسر لها عظم ، وإنما تطبخ عضوا عضوا . انظر للمنفق : ج ١١ ص ١٢٤ .

٣- ويستحب فيها أن لا يتصدق بلحمها نيا بل يطبخه وفيما يطبخ به وجهان أحدهما : بحموضة نقله البيهقي عن الإمام الشافعي لحديث ابن عبد الله ، وفيه أن النبي ﷺ قال : " نعم الإدام الخل ^(١) " .

والثاني : وهو أصحهما وأشهرهما وبه قال : الجمهور وهو أنه يطبخ بحلول تفاؤلا بحلاوة أخلاقه ، وقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ كان يحب الحلوى والعسل " والحكمة من استحباب طبخها كما يقول العلامة ابن القيم : أنه إذا طبخها فقط كفى المساكين والجيران مؤنة الطبخ ، وهو زيادة في الإحسان وفي شكر هذه النعمة ويتمتع الأولاد والمساكين بها مكفية المؤنة .

٤- ويستحب أن يأكل منها ، ويتصدق منها بعد الطبخ وقبله ويهدى لحديث عائشة الذي سبق ذكره .

٥- ومن مستحباتها : إعطاء القابلة من رجل العقيقة لما روى في سنن البيهقي عن علي رضي الله عنه أن رسول ﷺ أمر فاطمة (رضي الله عنها) فقال : زنى شعر الحسين وتصدقى بوزنه فضة وأعطى القابلة برجل العقيقة ^(٢) .

٦- ومن مستحباتها كون ذبحها في صدر النهار ، وهو وقت الضحى إلى الزوال وهذا على أظهر الأقوال إلحاقا لها بالهدايا ، لأنها ليست تابعة للصلاة حتى تلحق بالضحايا ، فإن فعلت بعد الفجر وقبل طلوع

^(١) أخرجه مسلم في صحيحه : ج ١ ص ٦٠ .

^(٢) أخرجه البيهقي في سننه : ج ٩ ص ٣٠٢ .

الشمس أجزأت مع مخالفة المستحب ، وقد اختلف أصحاب مالك ^(١) في وقتها والصحيح : أن الوقت ثلاث : مستحب : وهو وقت الضحى إلى الزوال ، ومكروه : وهو بعد الزوال إلى الغروب وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، وممنوع : وهو أن يذبح ليلاً .

٧- ومن مستحباتها : أن فعلها أفضل من التصدق بثمنها ، لأنها سنة ونسكة مشروعة بسبب تجدد نعمة الله على الوالدين ، وفيها سر بدیع مورث عن فداء إسماعيل بالكبش الذي ذبح عنه وفداه الله به فصار سنة في أولاده بعده أن يفدى أحدهم عند ولادته بذبح يذبح عنه ولا يستكر أن يكون هذا حرزاً له من الشيطان بعد ولادته كما كان نكر اسم الله عند وضعه في الرحم حرزاً له من ضرر الشيطان ، ولهذا قال من يترك أبواب العقيقة عنه إلا وهو في تخييط من الشيطان . فكان الذبح في موضعه أفضل من الصدقة بثمنه ولو زاد من الهدايا والأضاحي فإن نفس الذبح وإراقة الدم مقصود ^(٢) فإنه عبادة مقرونة بالصلاة كما قال تعالى " فصل لربك وانحر " ^(٣) وقال : " قل إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين " ^(٤) .

٨- ومن مستحباتها : أن تكون الشاتان في عقيقة الذكر متساويتين لقول أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) : " السنة شاتان متكافئتان عن الغلام تشبه إحداهما الأخرى لأن كل شاة منهما بدلا وفداء ، ومعنى

^(١) بل الأوطار للشركان : ج ٥ ص ١٣٨ ، مواهب اخیل للحطاب : ج ١ ص ٢٥٧ .

^(٢) نفقة المودود بأحكام المولود لاس القيم : ص ٣٧ - ٣٨ .

^(٣) الآية ٢ من سورة الكوثر

^(٤) الآية : ١٦٢ من سورة الأنعام .

هذا أن الفداء لو وقع بالشاة الواحد لكان ينبغي أن تكون فاضلة كاملة، فلما وقع بالشاتين لم يؤمر أن يتجاوز في إحداهما ويهون أمرها إذ كان قد حصل الفداء بالواحدة والأخرى كأنها تنممة غير مقصودة فشرع أن تكونا متكافئتين دفعا لهذا التوهم^(١)

ثانيا : مكروهاتهما :

يكراه^(٢) أن يلطخ رأس المولود بدم العقيقة لما روى عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت " كانوا في الجاهلية يجعلون قطنة في دم العقيقة ، ويجعلونها على رأس المولود فأمرهم النبي ﷺ " أن يجعلوا مكان الدم خلوقا"^(٣) وهذا قول : الجمهور ، مالك والشافعي ، وأحمد وابن المنذر .

وحكى عن الحسن وقتاده : أنه مستحب ، ونقله ابن حزم عن ابن عمر ، وعطاء لما روى عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال : " الغلام مرتين بعقيقته تنبح عنه يوم السابع ويذمي " .

ويجاء عن هذا : بأن الرواية الصحيحة لهذا الحديث : " ويسمى " بدلا من " ويذمي " هكذا قال سلام ابن أبي مطيع ، وقتادة ، وإياس عن الحسن وقد وهم همام فقال : " ويذمي " ، وقد قيل هو تصحيف من الراوي^(٤) ولهذا قال ابن عبد البر لا أعلم أحد قال هذا : إلا الحسن

^(١) روضة الطالبين للنووي : ج ٣ ص ٥٠٠ ، خفة للمودود لابن القيم : ص ٤١ .

^(٢) انظر مكروهات العقيقة : المجموع شرح المذهب للنووي : ج ٨ ص ٤١٣ ، للمصنف لابن قدامة ج ١١ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

^(٣) خلوقا : يعني زعفرانا - ولحديث أخرجه البيهقي في سننه : ج ٣ ص ٣٠٣ .

^(٤) للمصنف لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٣ .

وقتادة، بل عند ابن أبي شيبة بسند صحيح أنه كره التكمية ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه ^(١)

ومن هنا فإبني أرى أن الرأي الراجح : هو الرأي القائل : بكرهة تطيخ رأس الصبي بدم العقيقة لنهي النبي ﷺ عن ذلك في قوله : " مع الغلام عقيقة فأهر يقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " ^(٢) ولقول عبد الله بن بريدة عن أبيه أنه قال : كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ، ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأس ، ونلطخه بزعفران ^(٣) وهذا يقتضى أن لا يمس رأسه بدم لأنه أذى .

٢- وتكره العقيقة بالشرقاء (المشقوقة الأذن) والخرقاء (التي يخرق أذنهما الوشم والمدبرة) (التي يقطع شئ من مؤخر أذنهما) والقابلة (التي يقطع شئ من مقدم أذنهما) لقول سيدنا علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن ، وأن لا نضحى بمقابلة ، ولا مدبرة ، ولا شرقاء ، ولا خرقاء ^(٤) وكذا تكره العقيقة : " بالمجزورة التي جز صوفها قبل الذبح لينتفع به " والحولاء (التي في عيناها حول) .

^(١) المرجع السابق ، وانظر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأبى حجر : ج ٢٠ ص ٣٠٠ .

^(٢) سنن ترمذيه .

^(٣) أخرجه أبو داود في سننه : ج ٨ ص ٣٣ .

^(٤) أخرجه الترمذى في سننه : ج ١ ص ٨٦ ، ومعه : أن يشرف على الأذن والعين وتأملهما كي لا يقع فيهما

نقص وجب ، والمقابلة : شاة قطعت أذنها من قدام وترك معلقة ، والمدبرة : هي التي قطعت أذنها من حساب والشرقاء : مشقوقة الأذن طولاً ، والخرقاء : التي في أذنها حرق مستدير . انظر : مباحث الصانع للكاساني : ج ١ ص ٢٣٨ -

٣- وزاد المالكية أمرا آخر : وهو أنه يكره عملها وليمة ^(١) يدعو الناس إليها ، ولعل وجهة نظرهم في كراهة عملها وليمة : تتمثل في مخالفة فعل السلف ، ولخوف المباهاة والمفاخرة ، بل المطلوب إطعام كل أحد في محله .
ولوقع عملها وليمة أجزأت ، وإن كرهت ، ولذا فإنه لا يطالب بإعادتها .

^(١) المراكه الدواني في شرح رسالة القيروان لابن مهنا النفراني : ج ١ ص ٤٦٠ .

الخاتمة

ونستعمل على بيان أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث
وتوصياتي فيه

أولاً : أهم النتائج التي توصلت إليها :

- ١- العقيدة هي : ما تنبج من النعم في سابع ولادة المولود .
- ٢- عدم كراهة تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليها .
- ٣- العقيدة سنة عن النبي ﷺ .
- ٤- العقيدة شرعت شكراً لله تعالى وإظهاراً لنعمته .
- ٥- السنة في العقيدة عن الذكر شاتان وعن الأنثى واحدة .
- ٦- العقيدة لا تكون إلا بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل ، أو البقر أو الغنم) ويدخل في كل جنس نوعه ، والذكر والأنثى منه .
- ٧- استحباب العقيدة يوم سابع ولادة المولود .
- ٨- يستحب في العقيدة أن يجمع صاحبها بين الأكل منها والتصدق والإهداء لكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن .

ثانياً : توصياتي فيه :

أوصى المسلمين باتباع سنة النبي ﷺ في العقيدة عن المولود ما
استطاعوا إلى ذلك سبيلاً فإن الخير كل الخير في اتباع سنة النبي ﷺ
والتأسي به في قوله ، وفعله .
كما أوصيهم بالأبتكاسلون عن ذبح العقيدة أو يؤخروها عن وقتها
المستحب نظراً لما فيها من أجر جزيل ، وثواب عظيم . وفي النهاية

أوصى رجال الدعوة والإعلام في بلاد المسلمين بأن يذكروا الناس بهذه السنة العظيمة وأن يبينوا حكمها لهم حتى لا يتركوها بسبب جهلهم بها وعدم علمهم بما فعله النبي ﷺ وأمرنا به . وبعد .

فإنني إذ أضع هذا الجهد المتواضع خدمة منى للفقه الإسلامي أود أن أنبه إلى أنني بشر خطي وأصيب فإن كنت قد أصبت فله الحمد والمنة ، وهذا من فضل الله (تعالى) على وإن كنت قد أخطأت فحسبي أني بشر أخطئ وأصيب والعصمة ليست لأحد بعد سيدنا رسول الله ﷺ وما أحسن قول العماد الأصفهاني في هذا المقام حيث قال : إنني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابا في يومه ألا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على كافة البشر .

بسم الله الرحمن الرحيم

مراجعة البحث

هذه قائمة بأهم المراجع التي استعملت بها في إعداد هذا البحث

م	المراجع	المؤلف	المطبعة
١	أولا : القرآن الكريم المنزل من لدن حكيم عليم		
	ثانيا : كتب الحديث وعلومه		
٢	تلخيص الحبير	العلامة ابن حجر العسقلاني	شركة انطباع الفنية المتحدة
٣	تتوير الحوكك شرح موطأ مالك	الإمام الميوطي	مطبوع مع الموطأ بمطبعة مصطفى الحلبي
٤	زاد المعاد في هدى خير العباد	للعلامة ابن القيم	المكتب التوفيقية
٥	سنن ابن ماجه	أبو عبد الله القزويني	دار الريان للتراث
٦	سنن ابن داود	أبو داود المجسني	دار الكتب العلمية - بيروت
٧	سنن الترمذي	أبو عيسى الترمذي بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي	دار الحديث
٨	سنن النسائي	أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي	دار الكتب العلمية ببيروت
٩	صحيح البخاري	أبو عبد الله البخاري	مكتبة القاهرة
١٠	صحيح مسلم	الإمام مسلم	دار الريان للتراث
١١	فتح الباري بشرح صحيح البخاري	ابن حجر العسقلاني	مكتبة القاهرة

م	المراجع	المؤلف	المطبعة
١٢	الموطأ	الإمام مالك ابن أنس	دار إحياء الكتاب العربي (عيسى الحلبي)
١٣	نصيب الراية لأحاديث الهداية	الزيلعي	المأمون بشيرا
١٤	نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار	الإمام الشوكاني	مكتبة الدعوة الإسلامية
	ثالثا : كتب الفقه أ- الفقه الحنفي		
١٥	بدائع الصنائع	الإمام الكاساني	دار الكتب العلمية - بيروت
١٦	حاشية ابن عابدين المسماة بردد المختار على الدر المختار	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربي بيروت
	ب- الفقه المالكي		
١٧	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	ابن رشد	مصطفى الحلبي
١٨	حاشية الدسوقي	محمد عرفة الدسوقي	عيسى الحلبي
١٩	الشرح الصغير	سيدى أحمد الدردير	الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية
٢٠	الشرح الكبير	سيدى أحمد الدردير	دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي
٢١	الفواكه الدواني فى شرح رسالة القيرواني	ابن مهنا النفراوى	مصطفى الحلبي
٢٢	قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية	ابن جزى المالكي	عالم الفكر

م	المراجع	المؤلف	المطبعة
٢٣	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل	الحطاب	عالم الفكر
	جـ - الفقه الشافعي		
٢٤	الحاوي الكبير	الماوردي بتحقيق / طلبة عبد العال طلبة	رسالة ماجستير بكلية/الشرعية والقانون بأسيوط سنة ١٩٩٠
٢٥	الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع	الخطيب الشربيني	عيسى الحلبي
٢٦	روضة الطالبين	للإمام النووي	المكتب الإسلامي للطباعة والنشر
٢٧	المجموع شرح المذهب	للإمام النووي	دار الفكر للطباعة
٢٨	المذهب	أبو إسحاق الشيرازي	مصطفى الحلبي
٢٩	النظم المستعذب في شرح غريب المذهب	ابن بطال الركني	مطبوع بذي المذهب ط . مصطفى الحلبي
	د - الفقه الحنبلي		
٣٠	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف	علاء الدين المرداوي	دار الكتب العلمية - بيروت
٣١	تحفة المودود بأحكام المولود	العلامة ابن القيم	الناشر المكتبة القيمة بالقاهرة
٣٢	كشاف القناع	ابن إدريس البهوتي	دار الفكر - بيروت
٣٣	المغنى	ابن قدامة الحنبلي	دار الكتب العلمية
	هـ - الفقه الظاهري		
٣٤	المحلى	ابن حزم	مكتبة دار التراث
٣٥	الفقه الإسلامي وأدلته	د/ وهبة الزحيلي	دار الفكر

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
	رابعا : كتب أصول الفقه وقواعده		
٣٦	إرشاد الفحول	الشوكاني	مصطفى الحلبي
٣٧	الأشباه والنظائر في الفروع	الإمام السيوطي	دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
	خامسا : كتب اللغة		
٣٨	الشوقيات	أمير الشعراء أحمد	
٣٩	مختار الصحاح	الرازي	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
٤٠	المعجم الوجيز	صادر من مجمع اللغة العربية	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٢٧٤	المقدمة
٢٧٨	المبحث الأول : تعريف العقيدة
٢٧٨	المطلب الأول : معنى العقيدة واشتقاقها
٢٨٠	المطلب الثاني : حكم تسميتها عقيدة
٢٨٥	المبحث الثاني : حكم العقيدة ، وفضلها
٢٨٥	أقوال الفقهاء في حكم العقيدة
٢٨٦	الأدلة ، والمناقشة ، والرأى الراجع
٢٩٧	المبحث الثالث : المقدار الذى يعق به عن الذكر والأنثى
٣٠٤	المبحث الرابع : ما يجزئ في العقيدة من النعم
٣١١	المبحث الخامس : وقت العقيدة
٣١٦	المبحث السادس : شروط العقيدة
٣٢١	المبحث السابع : مصرف العقيدة
٣٢٤	المبحث الثامن : مستحبات العقيدة
٣٢٧	مكروهاها
٣٣٠	الخاتمة
٣١٢	مراجع البحث
٣٣٦	فهرس الموضوعات

خيار الإجازة للتصرفات الفضولى

إعداد

على أحمد على مرعى

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

"خيار إجازة تصرفات الفضول"

ويتناول في هذا البحث أهم مسأله من بيان معنى الفضولي، وحكم تصرفاته من حيث الصحة وعدمها وأراء الفقهاء في خيار الإجازة، ومن يثبت له هذا الخيار، وشرط ثبوته، ومدة الخيار، والأشياء التي ينتهي بها هذا الخيار، وما يترتب على فسخ التصرف إستنادا إلى هذا الخيار. مقررا كل واحد بمطلب خاص به.

المطلب الأول

معنى الفضولي

قال صاحب القاموس^(١) "الفضولي بالضم المشتغل بما لا يعنيه" وقال صاحب المصباح^(٢) "فضل فضلا من باب بقي وفي لغة ففضل بفضل من باب تعب وفضل بالكسر بفضل بالضم لغة ليست بالأصل ولكنها على تداول اللغتين وفضل فضلا من باب قتل أيضا زاد وخذ الفضل أي الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفولس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد في مالا خير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد".

(١) القاموس المحيط مادة فضل.

(٢) المصباح المنير مادة فضل.

هذا عن معنى الفضولي في اللغة.

أما في اصطلاح الفقهاء^(١) فالمراد به الشخص الذي يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي فخرج من يتصرف في حق نفسه فليس بفضولي ما دام أهلاً للتصرف الذي يباشره، وخرج بقيد عدم الإذن الشخص الذي يتصرف في حق غيره مستنداً في تصرفه إلى إذن كالولي والقاضي والوكيل ونحوهم وتفيد الإذن بالمرع خرج به إذن من حجر عليه ثم أنن لأجنبي في تصرف لا يملكه فهذا إذن غير معتبر شرعاً فيكون بمنزلة العدم.

المطلب الثاني

حكم تصرفات الفضولي من حيث الصحة وعدمها

وسنقتصر في بحثنا هنا على البيع والشراء لأن ما سواهما من التصرفات يأخذ حكمهما في الجملة .

ونبين أولاً حكم بيع الفضولاً ثم نبحث حكم شرائه.

آراء الفقهاء في بيع الفضولي.

اختلف الفقهاء في هذا على مذهبين.

(١) الدر المختار ورد المختار عليه ج ٤ ص ١٤١ - والبحر الرائق ج ٥ ص ١٦٠ .

الأول: أن بيع الفضولى غير صحيح وممن ذهب إلى هذا ابن حزم^(١) وبعض الشيعة، وهو المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة.

المذهب الثانى أن بيع الفضولى صحيح وممن ذهب إلى هذا المالكية^(٢) والقاسمية وهو الصحيح من مذهب الحنفية وإليه ذهب^(٣) الشافعى فى قول مرجوح وأحمد فى رواية وبعض الشيعة.

الأدلة

استدل من ذهب إلى بيع للفضولى غير صحيح بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾^(٤).

وجه الدلالة أن الآية الكريمة أفادت بطريق الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره فلو صح تصرف الفضولى لكان فى

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٣٤، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٥، وما بعدها، المختصر النافع

ص ١٤٢، المجموع ج ٩ ص ٢٨١، المنى ج ٤ ص ٢٠٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢، البحر الرائق ج ٦ ص ٧٦.

(٣) المشهور من المذهب الشافعى أن تصرف الفضولى باطل ومقابلته أنه موقوف وقد اختلف الشافعية فى تفسير الوقف على رأيين أحدهما أن الموقوف الصحة فإن أجز صحت وإلا تبين بطلانه، الثانى : أن الصحة ناجزة والموقوف الملك فإن أجزر التصرف حصل الملك وإلا لم يحصل وحكى هذا النووى عن إمام الحرمين، هذا والقول بالصحة والوقف قول الشافعى فى المذهب القديم وقول له فى الجديد أيضا ج ٩ ص ٢٨٤، وحاشية الضرب المسمى ج ٣ ص ٤ وحاشية عميرة ج ٢ ص ١٦٠.

(٤) سورة الأنعام آية : ١٦٤، محلى ج ٨ ص ٤٣٥.

ذلك إسناد كسف الإنسان إلى غيره وهذا يتنافى مع ما دلت عليه الآية الكريمة.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية ليست فى محل النزاع لأنها واردة فى الجزاء الأخرى.

ويجاب عن هذا بأن قوله تعالى نكسب فعل وهو بمنزلة النكرة وهى فى سياق النفى تعم فتكون الآية الكريمة عامة.

وأما السنة فمنها ما رواه الخمسة^(١) عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيع ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك.

وجه الدلالة من الحديث الشريف^(٢)، أن الرسول ﷺ نهى حكيم ابن حزام عن بيع ما ليس فى ملكه والمبيع فى بيع الفضولى ليس ملكاً لمن باشر البيع فيكون منهياً عنه والنهى يدل على الفساد فيكون بيع مال الغير بغير إذن فاسداً.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الحديث الشريف ليس فى محل النزاع لأن قوله ﷺ لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل

(١) المراد بهم أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وأحمد راجع سبل السلام جـ ١ صـ

١٢، جـ ٣ صـ ١٦.

(٢) المعنى جـ ٤ صـ ٢٠٦.

والكامل هو البيع البات وليس محلاً للنزاع بل النزاع فى البيع الموقوف^(١).

ويجاب عن هذا بأن الفعل فى سياق النفى وشبه يعم.

ومن السنة ما رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بسندهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء نذر إلا فيما تملك.

وجه الدلالة^(٢) من الحديث الشريف أن النبى ﷺ نفى بيع ما يملكه الإنسان فيتوجه النفى إلى الصحة لأنها أقرب المجازات فيكون بيع ما ليس مملوكاً للبائع غير صحيح.

وأما المعقول فلأن المبيع لكونه غير مملوك لمن باشر العقد يكون غير مقدور على تسليمه شرعاً فلا يصح كبيع السمك فى الماء والطيير فى الهواء^(٣).

واستدل من ذهب إلى أن بيع الفضولى صحيح بالكتاب والمسنّة والمعقول.

(١) شرح العنلية ج ٥ ص ٣١١.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦.

(٣) المرجع السابق ج ٩ ص ٢٨٦.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ والبيع عام يتناول كل بيع ويدخل في هذا بيع للفضولي فإنه بيع فيكون حلالا .

ويناقش هذا الاستدلال بأنه قد قام الدليل على عدم صحة بيع الفضولي فيكون خارجا من حكم الآية للكرامة .

ومن استدلال للذاهبين إلى الصحة بالكتاب قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(١) فقد أباح تعالى للتجارة إذا كانت عن تراض ويدخل في هذا بيع الفضولي لأنه تجارة عن تراض .

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية للكرامة دليل على نفى الصحة لعدم وجود التراضي من مالك المبيع وقت العقد ولو سلم فتقييد التجارة بالتراضي لا يدل على نفى ما عداه من القيود .

واستدل للذاهبون إلى الصحة من الكتاب أيضا بقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والإحسان إلى المالك وهذا من التعاون على البر والتقوى .

ويناقش هذا بأن ^(٢) الإنسان إذا باع مال غيره بغير إذنه يكون متعديا لأنه قد أقتات على المالك وهذا ليس من البر في شيء بل إثم وعدوان ، وأما السنة فما رواه البخاري وأبو داود وأحمد بسندهم عن

(١) سورة المائدة آية : ٢ .

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦ .

عروة بين أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ (١) أعطاه دينارا ليشتري به له شاة فاشتري له به شاتين فباع إحداها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

وجه الدلالة أن عروة ﷺ قد باع مالا مملوكا لغيره بغير إننه لأن النبي ﷺ إنما أذن لعروة بشراء شاة ولم يأذن له بالبيع وقد أقر الرسول ﷺ ما فعله عروة بل ودعا له بالبركة، فلو كان البيع غير صحيح ما أقره الرسول.

ويناقش هذا الاستدلال بأن عروة ﷺ لم يكن فضوليا في البيع بسل كان وكلا عن الرسول ﷺ وكالة مطلقة بدليل أنه باع الشاة وسلمها بدون إذن (٢).

ومن السنة ما رواه الترمذي بسنده عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشتري أضحية فأربح فيها دينارا فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار.

وجه الدلالة أن الصحابي باع مال الغير بغير إذن منه وقد أقره الرسول فدل على صحته.

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٠.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦.

ويناقش هذا بأن في إسناد الأثر المذكور انقطاعاً لأن الترمذی رواه بسنده عن حبيب بن ثابت عن حكيم بن حزام وبين ابن أبي ثابت وحكيم انقطاع ولو سلم فالحديث محمول على أن الصحابي كان وكيلاً وكالة مطلقة لما تقدم في حديث عروة^(١).

ولما المعقول فلأن من باشر العقد أهل لمباشرته إياه والمبيع مال منقوم فيصح البيع قياساً على بيع المالك بجامع أن للتصرف في كل صدر من أهله في المحل المقابل له^(٢).

ويناقش هذا بأن التصرف صدر من غير أهله لأن من شرط البائع أن يكون له ولاية على المبيع وعلى هذا فقياس بيع الفضولي على بيع المالك قياس مع الفرق لأن المالك له ولاية على المبيع بخلاف الفضولي. والراجح القول بأن بيع الفضولي غير صحيح لما تقدم في أدلة أصحاب المذهب الأول ولما رواه الترمذی والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب ابن أسيد إلى أهل مكة أن يبلغهم عنى أربع خصال ومنها ولا تبع مالم تملك^(٣).

(١) المرجع السابق.

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠.

(٣) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦.

هذا كله فى بيع الفضولى أما شراؤه ففيه تفصيل حاصله أن الفضولى إما أن يضيف الشراء إلى الغير الذى يشتري له أولا وعلى كل إما أن يكون الثمن من مال الفضولى أو من مال المشتري له وإن كان من مال المشتري له فإما أن يكون الثمن عينا معينة أو يكون فى الذمة.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إن كان الثمن من مال الفضولى ولم يضاف التصرف إلى الغير أو كان الثمن من مال الغير وكان فى الذمة، ولم يضاف الفضولى التصرف إلى غيره اتفقوا على أن التصرف فى هاتين الحالتين صحيح واختلفوا فيما يقع له الشراء.

فى الحالة الأولى وهى ما إذا كان الثمن من مال الفضولى ولم يضاف التصرف إلى غيره، كأن يقول الفضولى للبائع اشتريت منك هذا الشيء بكذا وينوى أن الشراء لفلان ذهب الجمهور^(١) إلى أن الشراء ينفذ على من باشره أى يقع للفضولى.

وظاهر^(٢) مذهب المالكية أن الشراء موقوف على إجازة المشتري له، وفى الحالة الثانية وهى ما إذا كان الثمن من مال المشتري له وكان فى الذمة ولم يضاف الفضولى العقد إلى غيره لكن نوى ذلك ذهب الحنفية والشافعية فى الجديد إلى أن الشراء ينفذ على من باشره

(١) البحر الرائق ج ٦ ص ١٦١، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣، المغنى ج ٤ ص ٢٠٥.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧١.

والشافعي في الجديد إلى أن للشراء ينفذ على من باشره وذهب المالكية^(١) والشافعي في القديم إلى أن للشراء موقوف على إجازة المشتري له.

استدل الحنفية ومن وافقهم على وقوع الشراء لمن باشره بقوله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآيتين أنهما أفادت أن كسب الإنسان وسعيه يكون له لا لغيره، وشراء الشخص كسبه وسعي له حقيقة فيقع له لا لغيره.

واستدل المالكية ومن وافقهم على أن الشراء موقوف على الإجازة بحديث عروة السابق وقد سبق مناقشة الاستدلال بالحديث.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لأن الأصل أن تصوف الإنسان يكون لنفسه لا لغيره حيث لم يمنع من ذلك مانع.

وفيما عدا هاتين الحالتين اختلف فقهاء المذاهب في صحة الشراء فإن أضاف للفضولي الشراء إلى غيره للذي يشتري له كأن يقول للبائع اشتريت منك هذا الشيء لفلان بكذا فيقبل البائع على وفق هذا فحكم هذا

(١) وعند المالكية والشافعي في القديم إن كان الثمن في النعمة ولم يضاف للفضولي الشراء إلى غيره فالشراء موقوف كما سبق فإن أجازته المشتري له نفذ عليه أما إن رد فسد للمالكية يبطل العقد من أصله وعند الشافعي يبق له لمن باشر.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٣) سورة النجم الآية ٣٩.

الشراء حكم^(١) البيع أى يكون فاسدا عن الشافعية والحنابلة فى الراجح من المذهبين ويكون صحيحا موقوفا عند الحنفية والمالكية سواء كان الثمن من مال الفضولى أو من مال المشتري له وأدلة كل من الفريقين تعلم من ما مر فى البيع.

وإن لم يضاف الفضولى الشراء إلى الغير فإن كان الثمن من مال الفضولى فقد تقدم فى محل الوفاق وإن كان الثمن من مال الغير الذى يشتري له الفضولى فإن كان فى اللزمة فقد تقدم فى محل الوفاق أيضا وإن كان الثمن عينا معينة فحكمه حكم البيع على الخلاف السابق فيه^(٢).

(١) المجموع ج ٩ ص ٣٨٢، المغنى ج ٤ ص ٢٠٥، البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٢.

(٢) إن أضاف الفضولى الشراء إلى غيره كان العقد فاسدا عند الشافعية فى الجديد وموقوفا فى القديم كما تقدم فإن كان الثمن من مال الفضولى والفرض إنه أضاف الشراء إلى غيره، فللشافعية وجهان أحدهما أن العقد فاسد من أصله وثانيهما أنه صحيح وينفذ على من باشر العقد أى يقع للفضولى ووجهوا هذا بأن إضافة الشراء إلى غير من يباشره لغوا وللغو لا حكم له فيصبح القد وتلغو الإضافة.

وإن اشترى الفضولى شيئا لغيره بعين من مال ذلك الغير فالعقد صحيح موقوف عند الحنفية والمالكية وقول للشافعية ورواية عن أحمد فإن رد المشتري له البيع إنفسخ وإن أجزاه فقد اختلفوا فذهب المالكية والشافعية والحنابلة بناء على أن العقد موقوف ذهبوا إلى أن الشراء يقع لمالك العين وذهب الحنفية إلى أنه بإجازة المالك ينفذ الشراء على من باشره أى يقع للفضولى لأنه إذا لم يضاف الشراء إلى غيره يكون مشتريا لنفسه غاية الأمر أنه نقد الثمن من مال الغير فإن أجاز ذلك الغير فقد أنز لمن باشر العقد فى نقد الثمن فيقع الشراء للمباشر ويغرم للمالك بدل ماله من مثل إن كان متبا أو قيمة إن لم يكن من ذوات الأمتال وهذا معنى قول الحنفية أن الإجازة نقد لا إجازة عقد — راجع البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢.

المطلب الثالث

مآل بيع الفضولي وشرائه عند القائلين بالصحة

من ذهب إلى أن تصرف الفضولي صحيح وإنه موقوف على معنى أن التصرف وإن كان صحيحا لكن لا تترتب عليه آثاره في الحال بل يتوقف ذلك على نظر صاحب الحق في التصرف أى من وقع له فيكون هذا بالخيار بين أن يجيز التصرف أو يرده، ونبحث فيما يلي آراء الفقهاء في مشروعية هذا الخيار ومن يثبت له وشرط ثبوته ومدته وما ينتهي به.

آراء الفقهاء في مشروعية خيار الإجازة.

تقدمت آراء الفقهاء في تصرفات الفضولي وتقدم أيضا دليل كل على الفساد أو الصحة.

وعلى القول بفساد تصرفات الفضولي لا يكون للخيار فائدة " شرعا فلا يثبت.

وإنما القول بمشروعية الخيار مبني على القول بصحة تصرفات الفضولي .

ودليل مشروعية الخيار في هذا الحال دفع الضرر فإنه مما لا شك فيه أن الإنسان إذا تصرف تصرفا يتعلق به حق لغيره وقلنا إن هذا للصرف يلزم الغير كان في هذا اضرار به والضرر منهى عنه.

من يثبت له الخيار.

الذاهبون إلى أن بيع الفضولى وشراءه صحيحان موقوفان على الإجازة اتفقوا على أن الخيار بين الإجازة والرد يثبت لمن له ولاية إنشاء التصرف فيثبت الخيار لصاحب الولاية على المبيع إن كان للتصرف بيعاً ويثبت للمشتري له إن كان للتصرف شراءً.

وأختلفوا فى ثبوت الخيار للفضولى والمتعاقد معه.

فذهب الحنفية إلى أن الخيار يثبت للفضولى والمتعاقد معه وذهب للمالكية إلى أن الخيار لا يثبت للفضولى ولا للمتعاقد معه بل يكون التصرف لازماً بالنسبة لهما.

استدل الحنفية بأن الفضولى والمتعاقد معه هما اللذان باثرا العقد وحقوقه ترجع إليهما فلو قلنا بلزوم التصرف فى حقهما كان فى ذلك ضرر لهما فيثبت لهما الخيار لدفع الضرر^(١).

واستدل المالكية بأن الفضولى والمتعاقد معه قد باثرا العقد مختارين فيكون ذلك رضا منهما بما يترتب على التصرف.

ويناقش هذا بأنه لا يلزم من الإقدام على التصرف الرضى بالضرر.

(١) شرح العناية ج ٧ ص ٣١٢.

والراجع ما ذهب إليه الحنفية لأن من باشر العقد قد يندم ويريد أن يتدارك ندمه ويدفع العهدة عن نفسه فيثبت له الخيار كما ثبت لمن وقع له التصرف.

شروط ثبوت الخيار

يشتر لثبوت الخيار عند من يقول به شروط أهمها ما يلى :

١- أن يكون للتصرف الذى صدر من الفضولى من يملك إجازته حين العقد^(١) لأن تصرف الفضولى يصح بناء على أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به فى الحال والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فلا ينعقد التصرف مع الشك، وإذا لم ينعقد فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك لأن الإجازة إنما تلحق المنعقد من التصرفات.

٢- ألا^(٢) يتجدد العاقد بأن يبيع الفضولى مال الغير لنفسه لأن الأصل أن تعدد العاقد شرط لانعقاد البيع فإذا اتحد العاقدات شرط الانعقاد فلا تلحق الإجازة بعد ذلك لما تقدم.

٣- ألا^(٣) يكون الثمن والمثمن من الأعيان المملوكة لمن وقع له العقد كأن يكون لرجل عرضان ويغصب أحدهما شخص ويغصب

(١) البدائع ج ٦ ص ٣٠٢١، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣.

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ١٤٢.

(٣) الدر المختار ج ٤ ص ١٤٣.

الآخر شخص آخر ثم يبيع كل واحد من الغاصبين ما غصبه للآخر فلا ينعقد التصرف لأن فائدة البيع ثبوت الملك فسي المبيع للبائع والملك هنا حاصل بدون هذا التصرف فلا ينعقد لعدم الفائدة وإذا لم ينعقد لم يثبت الخيار.

٤- ألا يشترط للفضولي الخيار لمن وقع له القعد لأن الخيار يثبت له بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له مدة محدودة مشتملا على الضرر فيكون شرطا فاسدا فيفسد العقد فلا يثبت الخيار.

٥- أن يكون من وقع له العقد كامل الأهلية فلو كان معدوم الأهلية كالمجنون أو ناقصها كالصغير المميز لم ينعقد تصرف الفضولي، ذكر هذا صاحب الدر من الحنفية وتعبه العلامة ابن عابدين فقال " وجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولي أو كان في ولاية قاض لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف^(١).

وبتلخص مما ذكرناه أن شرط ثبوت الخيار أن يكون التصرف منعقداً فإن فات انعقاده لسبب من الأسباب فلا يثبت الخيار لأنه لا يلحق غير المنعقد من التصرفات.

مدة هذا الخيار:

^١ الدر المختار ج ٤ ص ١٤٢.

اتفق القائلون بثبوت الخيار على أنه ليس له وقت محدود يبدأ عنده بل يكون لمن وقع له التصرف الخيار بين الإجازة والرد من وقت علمه بالتصرف ولو تأخر هذا عن وقت إنشاء التصرف كما يثبت الخيار لمن باشر التصرف من الفضولى والمتعاقد معه من وقت إنشاء التصرف عند من يرى ثبوت الخيار للمباشر.

واختلف اللذاهبون إلى ثبوت الخيار فى قدر المدة التى يمكن أن يظل فيها الخيار باقيا فذهب الشافعية^(١) على القول بصحة تصرفات الفضولى ووقفها على الإجازة إلى أن من وقع له التصرف يثبت له الخيار بين الإجازة والرد وعند علمه بالتصرف يكون خياره على الفور بحيث لو سكت بعد علمه بالتصرف يكون سكوته ردأ، لهذا التصرف.

وذهب^(٢) المالكية إلى أن من وقع له التصرف إن سكت عاما بعد العلم بالتصرف ولم يكن هناك مانع لزمه التصرف.

وذهب الحنفية إلى أن من ثبت له الخيار يبقى على خياره حتى يصدر منه ما يدل على اختياره للفسخ أو الإجازة من قول أو فعل.

استدل الشافعية بأن الخيار شرع للحاجة وهى تنفع بالتمكن من الفسخ أو الإجازة بعد العلم بوقوع التصرف.

(١) حاشية الشيرازى ج ٣ ص ٣٤.

(٢) حاشية الصوى ج ٣ ص ١٢.

ووجه للمالكية أن السنة أقل مدى للإجازة فإن سكنت من وقع له التصرف هذه المدة كان راضيا.

واستدل الحنفية بما استدلوا به فى خيار العيب وهو القياس على القصاص ويناقش بإبداء الفرق، وهو ظاهر.

ما ينتهى به هذا الخيار.

ينتهى الخيار بأمور نببحثها فيما يلى :

١- الاختيار:

فلمن ثبت له الخيار الحق فى أن يجيز التصرف أو يرد^(١) فإن اختار الإجازة انتهى الخيار ولزمه التصرف وإن اختار الرد انتهى الخيار وإنفسخ التصرف ويحصل كل واحد من الرد والإجازة بما يدل عليه من قول أو يشعر به من فعل.

فالإجازة بالقول كأن يقول من ثبت له الخيار أجزت التصرف أو رضيته أو أمضيته ونحو هذا مما يدل على الرضى ومثال الإجازة بالفعل أن يقوم من وقع له التصرف بتسليم المبيع للمشتري بعد علمه بتصصرف الفضولى إن كان التصرف بيعا أو يقبض ثمن المبيع أو يتصرف فيه تصرف المالك بعد العلم بالتصرف إن كان شراء.

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣، البحر الرائق ج ٦ ص ١٦١، المجموع ج ٩ ص

٢٨٧، ورد المختار ج ٤ ص ١٤٨.

هذا بالنسبة إلى من يقع له التصرف أما بالنسبة إلى من يبشّره وهو الفضولى والتعاقد معه فعلى القول بثبوت الخيار لهما فليس لهما ولا لأحدهما الحق فى إجازة التصرف على من وقع له^(١)، لما فى ذلك من إلزام للغير بتصرف غيره من غير إذنه ولكن يثبت للفضولى والمتعاقد معه الخيار فى فسخ التصرف الذى بإشرافه فإن فسخه أو فسخه أحدهما قبل إجازة من وقع له انفسخ فلا تلحقه إجازة بعد ذلك لأنه بعد الانفساخ يكون غير منعقد.

٢- بقاء أهلية الفضولى عند الإجازة لأنه بها يصير بمثابة الوكيل فترجع حقوق العقد إليه ولا يمكن ذلك إذا زالت أهليته^(٢).

٣- بقاء أهلية من تعاقد مع الفضولى لأن حقوق العقد ترجع إليه كما فى الفضولى.

٤- بقاء أهلية من وقع له التصرف عند الإجازة لأن التصرف موقوف على نظره ولا يتصور منه إجازة ولا رد إن كان فاقد الأهلية.

٥- قيام المعقود عليه وقت الإجازة لأن الملك فيه ينتقل بالإجازة ولا يمكن ذلك بعد الهلاك لفوات المحل.

هذا وإن زالت أهلية من باشر التصرف أو من وقع له قبل الإجازة انفسخ ولا تلحقه التصرف إجازة بعد ذلك.

(١) البدع ج ٦ ص ٣٩٢٦.

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ، البدع ج ٦ ص ٣٠٢٥.

وتلخص مما ذكرناه أن تصرف الفضولي عند من يقول بصحته يكون موقوفا على رضا من وقع له العقد فيكون له الحق في فسخ التصرف أو إجازته وكذلك يكون التصرف محتملا للفسخ من جانب الفضولي ومن تعاقد معه عند الأحناف وينفذ الفسخ من جانب المباشر إذا لم يجز التصرف من وقع له.

ويترتب على فسخ تصرف الفضولي زوال التصرف من أصله لأن الملك في هذا التصرف لا ينتقل إلا بالإجازة فإذا لم تحقق لم ينتقل الملك^(١).

والله تعالى أعلم.

(١) هذا وقد صرح المالكية في بيع الفضولي أن البيع منحل من جهة المالك لازم من جهة الفضولي والمشتري، ومقتضى كون البيع منحلا من جهة المالك أن المبيع لم يخرج عن ملكه وكان مقتضى هذا أن تكون غلة المبيع لملكه إذا لم يجز البيع ولكن صرح العلامة للردبسر أن الغلة تكون للمشتري إلا إذا علم أن البائع غير مالك وعلم بتعديه أو لم يتم شبهة تنفي الداء عن البائع ولعل وجه ذلك أن الغلة تكون للمشتري مقبل الإنفاق على المبيع، راجع المشرح الكبير ج ٣ ص ١٢.

فهرسٲ الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣٤٠	خيارات إجازة تصرفات الفضول
٣٤٠	المطلب الأول: معنى الفضولى
٣٤١	المطلب الثانى : حكم تصرفات الفضولى من حيث الصحة وعلمها
٣٤٢	الأدلة
٣٥١	المطلب الثالث : مآل بيع الفضولى ومثرائه عند القائلين بالصحة
٣٥١	آراء الفقهاء فى مشروعىة خيار الإجازة
٣٥٣	شروط ثبوت الخيار
٣٥٦	ما ينتهى به هذا الخيار
٣٥٩	فهرس الموضوعات :

بحث في طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأصوليين

إعداد

دكتور / محمد عبد السمیع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسسيوط

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله خالق الأفلاك ومدبرها، ومزينها بالشهب الثاقبة ومنيرها، وجاعل حركات السيارات دالة على اختلاف أحوال الكائنات وتبديرها، ومظهر حكمه في إبداعه لأنواع موجودات العالم وتصويرها، العادل فينا قضاءه وأمضاءه من الأحكام وتقديرها، الذي شرف نوع الإنسان بالعقل الهادي إلى أدلة التوحيد وتحريرها وأهل خاصة العلماء لاستثمار أحكام الشريعة من مداركها وتقريبها.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة منجية من صغير الموبقات وكبيرها، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، الذي أزل بواضح برهانه، وأزاح بصادق بيانه، ما ظهر من شبه الملحدة وتزويرها. ورضى الله عن صحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد : فإنه لما كانت الأحكام الشرعية، والقضايا الفقهية وسائل مقاصد المكلفين ومناطق مصالح الدنيا والدين، أولى بالالتفات إليها، وأجدر بالاعتماد عليها، وحيث كان لا سبيل إلى استثمارها، دون النظر في مسالكها، ولا مطمع في اقتناصها، من غير التفات إلى مداركها، كان من اللزومات، والقضايا الواجبات البحث في أغوارها، والكشف عن أسرارها، والإحاطة بمعانيها، والمعرفة بمبانيها، ولما كان من ضروريات استنباط الحكم من النص قرآنا كان أو سنة معرفة المعنى،

وإدراك مرمى اللفظ والمبنى وطرق دلالاته على مراد المتكلم بالنظم والمعنى.

لذلك كثر تدأبي، وطال اغترابي، في جمع فوائدها، وتحقيق فوائدها من مباحث الفضلاء، ومطارحات النبلاء، فوجدت أنهم ساروا في بحثهم مع النص حسب تدرجه وارتباطه بمعناه، حتى يتمكنوا في الوقوف على مغزاه، وقد أشار إلى ذلك الإمام البزدوى فقال: إنما يعرف أحكام الشرع بمعرفة أقسام النظم والمعنى، وذلك إلى أربعة أقسام فيما يرجع إلى معرفة أحكام الشرع.

القسم الأول : في وجوه النظم صيغة ولغة وهي أربعة:

الخاص، والعام، والمشارك، والمأول

القسم الثاني : في وجود البيان بذلك النظم وهي أربعة:

الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم.

وإنما يتحقق معرفة هذه الأقسام بأربعة أخرى في مقابلتها وهي:

الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه.

القسم الثالث: في وجوه استعمال ذلك النظم وجريانه في باب البيان

وهي أربعة:

الحقيقة، والمجاز، والصريح، والكناية .

القسم الرابع: فى وجوه الوقوف على المراد والمعانى على حسب
الوسع والإمكان وإصابة الحق (وهو المسمى بطرق
دلالة الأدلة على الأحكام الشرعية).

وهذا القسم هو محل الكلام، ولهذا سوف نفرده بالبحث والحديث عنه.

خطة البحث

هذا وقد خططت لموضوع بحثى هذا فجعلته فى مقدمة وبابين
وخاتمة، أما المقدمة: فى تعريف الدلالة وبيان أقسامها.
وأما الباب الأول: فى طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف،
وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول: فى دلالة عبارة النص.

ويتشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة عبارة النص.

المبحث الثانى: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة للنص.

الفصل الثانى: فى دلالة الإشارة .

ويتشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الإشارة.

المبحث الثانى : فى الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثالث: فى دلالة النص

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول : فى تعريف دلالة النص.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث : ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: فى أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة النص.

المبحث السادس: فى تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

المبحث السابع: فى الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص.

الفصل الرابع: فى دلالة الاقتضاء

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

المبحث الثالث: فى أقسام دلالة الاقتضاء.

المبحث الرابع: فى عموم المقتضى.

المبحث الخامس: في حكم دلالة الاقتضاء.

وأما الباب الثاني: ففي طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور،

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في دلالة المنطوق، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف المنطوق.

المبحث الثاني: في أقسام دلالة المنطوق.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: في المنطوق الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : في تعريف المنطوق الصريح

المسألة الثانية: في أقسامه.

المطلب الثاني: في المنطوق غير الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية : في أقسامه.

الفصل الثاني: في دلالة المفهوم، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف دلالة المفهوم.

المبحث الثاني : في أقسامها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في مفهوم الموافقة، ويشتمل على خمس مسائل:-

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية: في شرطه.

المسألة الثالثة: في أقسامه من حيث الأولوية والمساواة في الحكم.

المسألة الرابعة: في حكم مفهوم الموافقة.

المسألة الخامسة: في أقسام مفهوم الموافقة من حيث القطعية والظنية.

المطلب الثاني: في مفهوم المخالفة .

ويشتمل على عشرة مسائل:

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية : في حججه.

المسألة الثالثة: في شروط العمل به.

المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة.

المسألة الخامسة: في أقسامه.

المسألة السادسة: مفهوم اللقب.

المسألة السابعة: مفهوم الصفة.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط.

المسألة التاسعة: مفهوم العدد.

المسألة العاشرة : مفهوم الغاية.

الختامة:

وأخيرا فهذا جهد المقل، فإن كنت قد وفقت فبفضل الله وعونه، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أننى بشر، والكمال لله وحده، والله أسأل أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن يجزىنى عنه يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

إعداد

د. / محمد عبد السميع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

الدلالة

تمهيد

والكلام فيها يشتمل على الآتى:

أولاً: تعريفها:

الدلالة تعريف فى اللغة وآخر فى الاصطلاح.

فالدلالة فى اللغة: مصدر دل يدل، وهو مصدر سماعى، ودلالة بفتح الدال وكسرها وضمها إلا أن الفتح أولى. والفعل دل له معان فى اللغة منها:

[١] دل بمعنى: أبان، والدلالة إيانة الشئ بأمارة نتعلمها مثل قولهم دل فلان فلانا على الطريق بينه له، ومن هذا جاء قولهم لفظ بين الدلالة

[٢] دل بمعنى: هدى وأرشد، يقال دل فلان إذا هدى، ومنه قوله ﷺ: "الدال على الخير كفاعله"^(١).

هذا وقد جاء للفعل " دل " معان أخرى كثيرة لكن الذى يهمنا فى موضوع بحثنا ما ذكرنا، وتكون الدلالة فى اللغة على هذا بمعنى الإبانة والهداية والإرشاد وكلها معان متقاربة.

(١) ينظر: كشف الخفاء للمجلونى - ج ١ ص ٤٨٠، لسان العرب - ج ٢ ص ١١٤١٣.

والدلالة في الاصطلاح:

هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم بها العلم بشيء آخر، سواء كان الشيء لفظاً أو غيره والشيء الأول هو الدال، والشيء الثاني هو المدلول.

ثانياً: أقسامها:

تنقسم الدلالة من حيث هي إلى قسمين :

- ١- دلالة لفظية. ٢- دلالة غير لفظية.

أولاً: الدلالة غير اللفظية

هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر.

أقسامها:

تنقسم الدلالة غير اللفظية إلى ثلاثة أقسام:

- ١- وضعية. ٢- طبيعية ٣- عقلية

* **الدلالة غير اللفظية الوضعية:** كدلالة الإشارة المعهودة بالرأى على

الإيجاب أو الرفض، ودلالة للنماذج

واللافتات على ما يقصد منها كدلالة المنذرة

للناظر من بعد على المسجد.

* الدلالة غير اللفظية الطبيعية : كدلالة الحمرة على الخجل،

وحركة النبض على حالة القلب، ودلالة

الأعراض الخاصة بكل مرض عليه.

* الدلالة غير اللفظية العقلية : كدلالة الأثر على المؤثر، ودلالة

وجود السبب على وجود مسببه كدلالة

الدخان على النار.

ثانيا : الدلالة اللفظية

وهي كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم منه المعنى.

أقسامها:

تنقسم الدلالة اللفظية إلى :

١- طبيعية . ٢- عقلية . ٣- وضعية.

١- الدلالة اللفظية الطبيعية: كدلالة لفظ " آه " على آلام الجسم.

٢- الدلالة اللفظية العقلية: كدلالة اللفظ على حياة لافظه.

٣- الدلالة اللفظية الوضعية: وهي عبارة عن كون اللفظ بحيث إذا

أرسل فهم منه المعنى للعلم بوضعه — أى بوضع اللفظ للمعنى —

واللام فى قولهم للعلم بوضعه " بمعنى عند "، وهذه الدلالة هي

المرادة هنا^(١).

(١) ينظر: التقرير والتحير — ج ١ ص ٩٩، والتجريد البنائى — ج ١ ص ٢١٢.

وتنقسم الدلالة اللفظية الوضعية إلى :

- ١- مطابقة ٢- تضمنية ٣- التزامية .

١- دلالة المطابقة : هي فهم السامع أو إفهامه من كلام المتكلم كمال المسمى كفهم مجموع العشرة من لفظها، أو هي دلالة اللفظ على تمام مسماء سواء أكان المسمى له أجزاء، كدلالة الإنسان على الحيوان الناطق، أم لم يكن له أجزاء كدلالة لفظ " الله " على الذات العلية، وسميت بذلك لأن اللفظ طابق المعنى^(١) .

٢- دلالة التضمنين: هي إفهام اللفظ للسامع جزء المسمى، كإفهام لفظ العشرة السامع له الخمسة منه، أو هي دلالة اللفظ على جزء المسمى كدلالة الإنسان على الحيوان فقط أو الناطق فقط^(٢) وسميت تضمينية؛ لأن المعنى الموضوع له اللفظ تضمن المعنى المدلول عليه.

٣- دلالة الالتزام: هي إفهام اللفظ للسامع لازم المسمى البين، أو هي دلالة اللفظ على لازم مسماء، كدلالة لفظ الإنسان

(١) ينظر : حاشية الطار - ج ١ ص ٢٨٤ .

(٢) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٨٢ .

على الكتابة مثلا^(١)، وسميت بذلك لكون المعنى المدلول عليه لازما للموضوع له.

اعتراض وجوابه:

اعترض الإمام الإسنوى على تقسيم الدلالة إلى ثلاثة أقسام بقوله: هذا التقسيم غير جامع؛ لأن دلالة العام على فرد من أفراد كدلالة لفظ المشركين على مشرك واحد لا تنخل تحت نوع من هذه الأنواع الثلاثة، فهي ليست مطابقة، لأن الفرد ليس كل المسمى ضرورة أن المسمى للفظ العام هو كل الأفراد، وليست تضمينية؛ لأن للفرد في العام ليس جزءا، وإنما هو جزئى؛ لأن الجزء يقابل الكل، والجزئى يقابل الكلى، والعام ليس كلا وإنما هو كلى، وليست التزامية؛ لأن الفرد ليس لازما لمسمى العام وهو ظاهر^(٢).

والجواب عن هذا :

ما قاله ابن السبكي: وهو أن دلالة العام على فرد من أفراد من قبيل الدلالة المطابقة؛ لأن العام وإن كان موضوعا لكل الأفراد إلا أن الحكم فيه مقصود به كل فرد من أفراد العام، ولذلك يقولون: الحكم فى العام كلية، أى مقصود به كل فرد على حدة، وليس المقصود به كل الأفراد مجتمعة، فالعام فى قوة قضايا متعددة بتعدد أفراد، وكل قضية

(١) ينظر: حاشية المطار على جمع الجوامع - ج ١ ص ٢٨٧، والإحكام للآمدي - ج ١ ص

(٢) ينظر: شرح الإسنوى على منهاج الوصول - ج ١ ص ٣٠٧.

تعتبر قائمة بنفسها، ولا شك أن الدلالة في القضية المستقلة من قبيل الدلالة المطابقة^(١).

النسبة بين الدلالات الثلاث من العموم والخصوص

بالنظر إلى الدلالات المتقدمة نجد أن دلالة المطابقة أعم من التضمين والالتزامية؛ لأنه كلما وجدت دلالة التضمين أو دلالة الالتزام وجدت دلالة المطابقة؛ لأن شيئاً مسمى حينئذ، فاللفظ يدل عليه مطابقة، وقد توجد دلالة المطابقة ولا يوجد إلا في اللفظ الموضوع للبيانات التي ليست لها أجزاء أو لوازم بيئية، فالمطابقة أعم مطلقاً^(٢).

وأما هما — أى التضمين والالتزامية — واحدة أعم من الأخرى وأخص من وجه؛ لأن الأعم والأخص من وجه، هما اللذان يجتمعان في صورة ويوجد كل واحد منهما وحده كالأبيض والحيوان، فيوجد الحيوان ولا يقى الزنجى والأبيض، ولا حيوان فى الجبر واللبن، فكذا هاهنا يوجد التضمين والالتزام كما فى اللفظ الموضوع للمركبات التى ليست لها لوازم بيئية، ويجتمعان فى اللفظ الموضوع للمركبات التى لها لوازم بيئية.

(١) ينظر : شرح البخارى - ج ١ ص ٢٤٤، جمع الجوامع لطفى الدين السبكي - ج ١ ص ٦٣.

(٢) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ١ ص ١٧.

وجه الحصر:

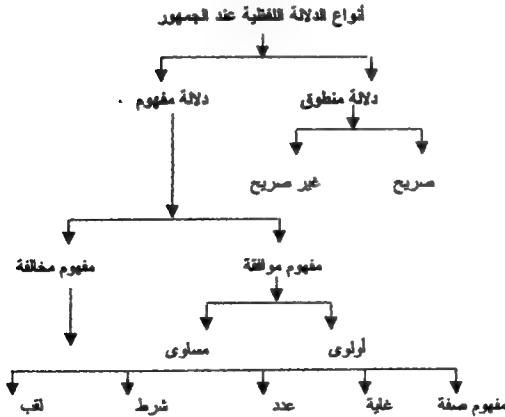
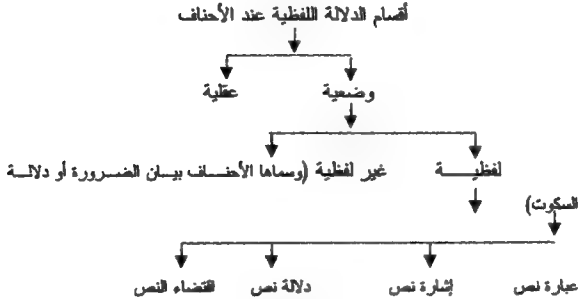
وهو أن المدلول إما وضع له اللفظ أو لا ، والأول: دلالة المطابقة، والثاني إما أن يكون المدلول داخلا فيما وضع له اللفظ أو لا، فالأول دلالة التضمنين، والثاني الالتزام، فثبت من هذا التقسيم الدائر بين النفس والإثبات الحصر في الثلاث^(١).

(١) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ١ ص ١٧، والتقرير والتحرير - ج ١ ص ٩٨.

تقسيم الدلالة اللفظية الوضعية عند الأصوليين

نقول: لسهولة الإحاطة بتقسيم الدلالة عند الأصوليين ننكر هذا

التقسيم في الجدول الآتي:



الباب الأول

فى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

ويشتمل على خمسة فصول

الفصل الأول: دلالة عبارة النص.

الفصل الثانى: دلالة الإشارة.

الفصل الثالث: دلالة النص.

الفصل الرابع: دلالة الاقتضاء.

الفصل الخامس: أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية.

الباب الأول

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

وقبل بيان هذه الطرق نشير إلى جزئية مهمة هاهنا وهى:

[بيان الفرق بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ]

فنقول:

دلالة اللفظ: هى فهم السامع، وأما الدلالة باللفظ فهى استعمال اللفظ إما فى موضوعه وهو الحقيقة، أو فى غير موضوعه لعلاقة بينهما وهو المجاز، وأما استعماله لغير علاقة قال العلماء: هو وضع مستأنف من ذلك المستعمل كما إذا قال الله أكبر، أو كما قال اسقنى ماء، ويريد بذلك طلاق زوجته.

والباء فى قولهم "الدلالة باللفظ" باء الاستعانة؛ لأن المتكلم استعان بلفظ على إفهامنا ما فى نفسه كما يستعان بالقلم فى الكتابة. هذا ويقع الفرق بينهما (أى بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ) فى خمسة عشر فرقاً :

أحدها: أن دلالة اللفظ للسامع والأخرى صفة للمتكلم.

ثانيها: أن دلالة اللفظ محلها القلب؛ لأنه موطن العلوم والظنون، والأخرى محلها اللسان وقصبة الرئة.

وثالثها: أن دلالة اللفظ علم أو ظن والأخرى أصوات مقطعة.

رابعها: أن دلالة اللفظ مشروطة بالحياة.

وخامسها: أن أنواع دلالة اللفظ ثلاثة: المطابقة، والتضمن والاستزام لا تتصور في الدلالة باللفظ ولا يعرض لها. وأنواع الدلالة باللفظ اثنان الحقيقة والمجاز لا يعرضان لدلالة اللفظ^(١).

وسادسها: أن دلالة اللفظ مسببة عن الدلالة باللفظ، فالفهم ينشأ عن النطق والدلالة باللفظ سبب.

وسابعها: أنه كلما وجدت دلالة اللفظ وجدت الدلالة باللفظ؛ لأن فهم مسمى اللفظ فرع النطق باللفظ، وقد توجد الدلالة باللفظ دون دلالة اللفظ، لعدم تعلق السامع لكلام المتكلم لصارف؛ إما لكونه لا تعرف لغته، أو استعمل لفظاً مشتركاً دون قرينة، أو بقرينة لم يفهمها السامع.

وثامنها: أن دلالة اللفظ حقيقة واحدة لا تختلف في نفسها؛ لأنها إما علم أو ظن، وهما أبد الدهر على حالة واحدة، والدلالة باللفظ وهي استعماله تختلف، فتارة يوجب الاستعمال تقديم خبر المبتدأ، وتارة يوجب تقديم الفاعل، وتارة لا يوجب إلى غير ذلك من اختلاف أوضاع اللغة العربية.

(١) ينظر: أصول لغة الشيوخ زهير - ج ٢ ص ٩، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول - ج ١ ص ٢٦، ونفوس الأصول في شرح المحصول ج ١ ص ٥٤٣ - ط نزار مصطفى الباز.

وتاسعها: أن الدلالة باللفظ المشترك لا تدرك بالحس في مجرى العادة، والدلالة باللفظ تسمع.

وعاشرها: أن الدلالة باللفظ لا تتصور في الغالب إلا من مسميات عديدة نحو قام زيد فإن كل حرف منه مسمى لاسم من حروف الجمل، والنطق بالحرف الواحد نحو "ق" و"و" من "نادر، وأما الأخرى فدائما هي مسمى واحد وهي علم أو ظن.

وحادي عشرها: أن دلالة اللفظ تأتي من الآخرس بخلاف الأخرى.

وثاني عشرها: للدلالة باللفظ لا تقوم إلا بمتحيز، ولذلك أخلصنا الأصوات على الله تعالى، ودلالة اللفظ على قيامها بغير المتحيز، ولذلك فإن الله تعالى له علم متعلق بجميع المعلومات، وسمع جميع الكلام والأصوات.

وثالث عشرها: دلالة اللفظ لا تتصور من غير سمع، فإن فهم معنى اللفظ فرع سماعه، والأخرى تتصور من الأصم الذي طرأ عليه الصمم، فإن الذي لا يسمع قط لا يتصور منه النطق باللغات الموضوعية؛ لأنه لم يسمعها ليحكيها.

ولذلك قال الأطباء: إن الخرس أصابتهم غالبا في آذانهم لا في ألسنتهم فلم يسمعوا شيئا يحكوه، فلذلك لا يتكلمون.

ورابع عشرها: أن الدلالة باللفظ اتفق العقلاء على أنها من المصادر التي لا تبقى زمانين، واختلفوا في دلالة اللفظ هل تبقى أم لا^(١).

وخامس عشرها: الدلالة باللفظ توصف بالفصاحة وغيرها مما يوصف به المتكلمون في كلامهم، ودلالة اللفظ لا توصف بشئ من ذلك، ولا يوصف العلم الحاصل عن النطق بغير كونه علماً والظن الناشئ عن النطق قد يوصف بالقوة بخلاف العلم.

ثانياً: الفرق بين الوضع والاستعمال والعمل

أيضاً مما تجدر الإشارة إليه هنا هو بيان الفرق بين الوضع والاستعمال والحمل فإن هذه المصطلحات تلتبس على الكثير من الناس، وهي متعلقة بما نحن فيه والحاجة إليها ماسة .

فلوضع في الاصطلاح: يقال بالاشتراك على ثلاث معان.

أحدها: جعل اللفظ دليلاً على المعنى كتسمية الولد زيداً، ومنه وضع اللغات.

وثانيها: استعمال اللفظ في المعنى حتى يصير أشهر فيه من غيره، وهذا هو وضع الحقائق الشرعية والعرفية، فإن حملة الشريعة اتفقوا على تسمية الاعتكاف للباس الخاص، والموالة والسترتيب للصفتين الخاصتين في الطهارات.

(١) ينظر : مختصر المنهى بشرح المضد ج ١ ص ٣٠، والمتصفي ج ١ ص ٨٠.

وثالثها: أصل الاستعمال ولو مرة واحدة، وهو المراد من قول العلماء من شرط المجاز الوضع أو ليس من شرطه ذلك خلاف، ومرادهم بالوضع أنه لا بد أن يسمع من العرب النطق بذلك النوع من المجاز ولو مرة واحدة وضعاً إلا في هذا الموضع.

وأما الاستعمال: فهو إطلاق اللفظ وإرادة مسماء بالحكم وهو الحقيقة أو غير مسماء لعلاقة بينهما وهو المجاز.

والحمل: هو اعتقاد السامع مراد المتكلم من اللفظ.

فمعنى قول العلماء إن الإمام الشافعي رحمه الله حمل قوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، على الأطهار أى اعتقد مراد الله تعالى من الآية، وأن أبا حنيفة رحمه الله حمل الآية على الحيض، فاعتقد أن هذا مراد الله تعالى من الآية، فيؤول الحمل على دلالة اللفظ فتحصل أن الوضع سابق والحمل لاحق، والاستعمال متوسط، وأن المستعمل والحامل معلوماً، والواضع مجهول على الخلاف في ذلك وأن كل واحد منها يأتي منه الاستعمار والحمل ويتعذر منه الوضع، فهذه فروق ثلاثة بين الوضع والآخرين^(١).

هذا ولقد كانت الحاجة إلى بيان هذا الفرق هامة هنا، وذلك لأن الاستدلال بألفاظ النصوص الشرعية على الأحكام يتوقف على معرفة أمرين:

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البيهقي - ج ١ ص ٢٠.

الأمر الأول : عدم الخطاب باللفظ المهمل وهو الذى لا دلالة له على معنى من المعانى مثل " ديز " مقلوب " زيد "؛ لأن الخطاب بما لا يدل على معنى من المعانى نقص وهو محال على الله.

الأمر الثانى : عدم الخطاب بلفظ يدل على معنى ويراد به غير ذلك المعنى دون قرينة تبين المعنى الذى أريد من اللفظ؛ لأنه يكون شبيهاً بالمهمل، ويتعذر الاستدلال بالألفاظ على الحكم الشرعى^(١) حينئذ إذا تمهد هذا فنقول:

منهم الأحناف فى الاستدلال بالألفاظ على الأحكام

للحنفية منهج متميز فى تقسيم الألفاظ من حيث الدلالة على الأحكام، وذلك لأن استنباط الأحكام من الألفاظ والعبارات الواردة فى الكتاب والسنة لا يمكن إلا بعد فهم المعنى، ولما كان فهم المعنى تارة يكون عن طريق لفظ النص وعبارته، وتارة يكون عن طريق إشارته، وتارة عن طريق دلالاته، وتارة يكون عن طريق اقتضائه.

إذا قسم علماء الأحناف الدلالة اللفظية إلى أربعة أقسام:

- ١- عبارة نص . ٢- إشارة نص ٣- دلالة نص ٤- اقتضاء نص^(٢)

(١) ينظر: نهاية السؤل - ج ١ ص ٣٠٥.

(٢) ينظر: تسهيل الوصول للمحلى - ص ٩٠ .

وجه الحصر:

قال الإمام صدر الشريعة في وجه انحصار الدلالة في هذه الأقسام الأربعة:

التقسيم الرابع: في كيفية دلالة اللفظ على المعنى، فهي على الموضوع له أو جزئه أو لازمه عبارة إن سيق للكلام له، وإشارة إن لم يسق الكلام له، وعلى لازمه المحتاج إليه اقتضاء، وعلى الحكم فسي شيء يوجد فيه معنى يفهم لغة أن الحكم في المنطوق لأجله دلالة^(١).

وقال الإمام سعد الدين التفتازاني فيه :-

التقسيم الرابع: في كيفية دلالة اللفظ على المعنى، وقد حصروها في عبارة النص وإشارته ودلالته واقتضائه، ووجه ضبطه على ما ذكره القوم: أن الحكم المستفاد من النظم إما أن يكون ثابتاً بنفس النظم أو لا، والأول إن كان النظم مسوقاً لهو فهو للعبارة وإلا فهو الإشارة، والثاني: إن كان الحكم مفهوماً منه لغة فهي للدلالة أو شرعاً فهو الاقتضاء وإلا فهو التمسكات الفاسدة^(٢).

وباستقراء ما ورد عن العلماء نرى في وجهة الحصر: أن المعنى الذي يدل عليه النظم إما أن يكون عين الموضوع له أو جزؤه

(١) ينظر: التوضيح لمقن التتقيح - ج ١ ص ١٢٩.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ - حاشية للفرى على التلويح - ج ٢

ص ١ فواتح للرحموت شرح مسلم الثبوت - ج ١ ص ٤٠٧ ، حاشية نسمات الأسحار ص

أو لازمه المتأخر أو لا يكون كذلك، والأول إما أن يكون سوق الكلام له فيسمى دلالة عليه عبارة أو لا بإشارة، والثاني فإن كان المعنى لازماً متقدماً للموضوع له فالدلالة اقتضاء، وإلا فإن كان يوجد في ذلك المعنى علة يفهم كل من يعرف اللغة أى وضع ذلك اللفظ لمعناه أن الحكم في المنطوق لأجلها فدلالة نص، وإلا فلا دلالة له أصلاً، والتمسك بمثله فاسد فالأقسام المذكورة صفة للدلالة، ويحصل باعتبارها تقسيم النظم؛ لأنه إما أن يدل بطريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء أو الدلالة.

الفصل الأول

في تعريف عبارة النص وما ثبت بها من أحكام وحكمها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريفها

المبحث الثاني: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة النص.

الفصل الأول

دلالة عبارة النص^(١)

الكلام فيها يشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريفها:

قد عرفها الإمام البزدوى بأنها: ما سيق الكلام له وأريد به قصدا، وعليه يكون الإمام البزدوى اشتراط في هذه الدلالة شرطين أساسيين وهما:

سوق الكلام لأجله، وكونه مقصودا قصدا أصليا^(٢).

(١) ليس المراد بكلمة نص في هذا الموضوع هو ما يعنيه الأصوليون في تعريف للنص الذي هو في مقابلة الظاهر، والذي قالوا في تعريفه أنه عبارة عن دلالة اللفظ على المعنى دلالة لا يحتمل غيرها، بل المراد بالنص هنا إما هو اللفظ الذي يفهم منه سواء كان هذا اللفظ دالا على المعنى بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز، وهو بذلك يشمل الظاهر والخبى والخاص والعام والصريح والكتابة، فيكون إثبات الحكم بهذه الألفاظ استدلالا بعبارة النص وإما أطلق النص على ما كان من الكتاب والسنة اعتبارا للغائب، فإن غالب ما ورد منهما نص وهذا هو المراد هنا لا النص الذي ازداد وضوحا على الظاهر — ينظر: شرح المنار ج ١ ص ٥٢٠.

(٢) ينظر: كشف الأسرار — ج ١ ص ٢١٠.

وعرفها الإمام المرخسي بأنها:

ما كان السياق لأجله ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناول منه^(١).

وعرفها صدر الشريعة: بأنها دلالة اللفظ على المعنى المسوق له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزأه أو لازمه المتأخر^(٢).

فقال صاحب شرح المنار: إن في كلمة الاستدلال بعبارة النص فيه تسامح؛ لأن الاستدلال صفة المعنئيل، وليس من أقسام الكتاب لكن لما لم تعد الأقسام بدونه عده منها^(٣).

ونستطيع على ضوء ما تقدم أن نقول: إن الاستدلال بعبارة النص معناه العمل بظاهر ما سيق الكلام له، والمراد من العمل عمل المجتهد لا عمل الجوارح، كما إذا قيل الزكاة واجبة لقوله تعالى ﴿وآتوا الزكاة﴾، والزنا حرام لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا﴾^(٤)، فهذا وأمثاله هو العمل بظاهر النص، وهو عين الاستدلال بعبارة^(٥)، وعلى هذا يكون تعريف دلالة النص من وجهة نظرنا هو:

(١) ينظر: أصول المرخسي ج ١ ص ٢٣٦.

(٢) ينظر: التوضيح لمعن التقيح - ج ١ ص ١٣٠.

(٣) ينظر: شرح المنار - ج ١ ص ٥٢٠.

(٤) سورة الإسراء من الآية: [٣٢].

(٥) ينظر: كشف الأسرار - ج ١ ص ٣٧٤.

دلالة اللفظ على ما كان الكلام مسوقا له أصالة أو تبعا،
والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام، والمقصود تبعا غرض
ثان يدل عليه اللفظ، ويمكن تحقق الغرض بدونه.

ما الفرق بين الاستدلال بعبارة النص والنص؟

الاستدلال بعبارة النص من قبيل المعنى؛ لأن العبارة وإن كانت
نظما إلا أن نظر المستدل إلى المعنى دون النظم، إذ الحكم إنما يثبت
بالمعنى دون النظم نفسه، إلا أن المعنى لما كان مفهوما من النظم
سمى الاستدلال به استدلالا بالعبارة، وهو في الحقيقة استدلال بالمعنى
الثابت بالعبارة، فيصلح أن يكون من أقسام المعنى بهذا الطريق^(١).

المبحث الثاني

ما ثبت من أحكام بعبارة النص

نذكر هنا بعض الأحكام الثابتة بهذه الدلالة والتي منها ما يأتي :

- ١- قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾^(٢) فإنه يدل بلفظه
وعبارته على حكمين :

(١) ينظر : شرح المنار - ص ٥٨.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٧٥].

أحدهما:

التفرقة بين البيع والربا، وأن البيع لا يماثل الربا، فالبيع حلال والربا حرام، وهذا الحكم هو المقصود أول وبالثبات من سوق الآية؛ لأن الآية نزلت للرد على الذين قالوا: ﴿ إنما البيع مثل الربا ﴾ .

وثانيهما:

حل البيع وتحريم الربا، وهذا الحكم مقصود تبعاً، ليتوصل به إلى إفادة الحكم المقصود أصالة، فإن اختلاف حكم البيع وحكم الربا موصل إلى نفى المماثلة بين البيع والربا، فدلالة هذا النص على كل من هذين الحكمين من قبيل دلالة العبارة^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طلَب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ﴾^(٢) فهذه الآية تدل بلفظها وعبارتها على حكمين :

أحدهما: ما سبقت له أصلاً، وهو إياحة الزواج بأكثر من واحدة إلى أربع بشرط عدم الخوف من الجور وظلم الزوجات، ووجوب الاقتصار على الواحدة إذا خاف الزوج عدم العدل عند التعدد، والدليل على أن هذه هي الذي سبقت له الآية ما ورد أنها جاءت في شأن الأوصياء، والذين كانوا يتخرجون من الوصايا على اليتامى خوفاً من الوقوع في

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول الزيدوى ج ١ ص ٤٧.

(٢) سورة النساء من الآية: [٣].

ظلمهم، وأكل أموالهم من أنهم كانوا لا يترجون من ظلم الزوجات حيث كان الواحد منهم يجمع في عصمته ما شاء منهن من غير حصو، ولا يعدل بينهن، فقال لهم المولى ﷺ إن خفتم الوقوع في اليتامى فترجتم من الولاية عليهم فخافوا أيضا الوقوع في ظلم النساء، والميل إلى بعض الزوجات دون بعض.

وثانيهما: ما سقت له تبعاً، وهو إياحة الزواج الدال عليه قوله تعالى: ﴿ فاتكحوا ﴾ فهذا الحكم ليس مقصوداً قصداً أصلياً من سياق الآية وإنما نكر بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلي^(١).

٣- قوله تعالى: ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾^(٢)، فإن الآية بلفظها وعبارتها تدل على حكمين :

أحدهما: حرمة شهادة الزور، وهو المقصود الأصلي من عبارة النص؛ لأن الآية سقت أصلاً لبيان هذا الحكم.

وثانيهما: حرمة عقاب شاهد الزور من قبل الحاكم، وهذا الحكم مقصود بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلي من سوق الآية.

(١) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٢٧٥، أصول السرخصي ج ١ ص ٢٣٦.

(٢) سورة الحج من الآية: [٣٠].

المبحث الثالث

حكم دلالة العبارة

هذه الدلالة يثبت بها الحكم المستفاد منها قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، فإن كانت من قبيل العام وخص منه البعض، فإنها لا تفيد القطع، وإنما تكون دلالتها على الأحكام المستفادة منها بعد التخصيص دلالة ظنية، فمثلا حل البيع الثابت بالآية الأولى عام؛ لأنه شامل للبيوع الربوية والبيوع الشرعية، فتكون البيوع الربوية داخلة في الحل إلا أنه ورد على هذا العموم ما يخصه، وهو ما أثبت الشارع حرمة من البيوع بدليل مستقل^(١).

(١) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٤٨ ، أصول المرحسي ج ١ ص ٢٣٧.

الفصل الثاني

في تعريف دلالة الإشارة والفرق بينها وبين العبارة وما ثبت بها من أحكام وأقسامها وحكمها

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الإشارة

المبحث الثاني: الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثاني

دلالة الإشارة

المبحث الأول

تعريفها:

أولاً: فى اللغة: الإشارة فى اللغة : الدلالة على المحسوس بمشاهد باليد أو غيرها^(١).

ثانياً: فى الاصطلاح:- اختلفت عبارة العلماء فى تعريف دلالة الإشارة فى الاصطلاح.

عرفها الإمام البخارى: بأنها دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعاً، ولكنه من لوازم المعنى المقصود ويحتاج فى إدراكه إلى شئ من التأمل.

وعرفها الإمام السرخسى: بأنها ما لم يكن السياق لأجله لكنه يعلم بالتأمل فى معنى اللفظ، من غير زيادة فيه ولا نقصان، وبه تتم البلاغة ويظهر الإعجاز^(٢).

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على ما لم يقصد به (أى باللفظ) أصلاً^(٣).

(١) ينظر: التقرير والتحبير _ ج ١ ص ١٠٧، وكشف الأسرار على أصول البزدوى _ ج ١ ص ٤٧، مختار الصحاح _ ص ١٩.

(٢) ينظر: أصول السرخسى _ ج ١ ص ٢٣٦.

وعرفها الكمال بن الهملم: بأنها دلالة اللفظ على ما لم يقصد به أصلا (أى لا أصالة ولا تبعا)^(١).

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على معنى لم يكن مسوقا له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزاءه أو لازمه^(٢).

وعرفها الإمام النسفى فقال: وأما الاستدلال بإشارة النص: فهو العمل بما ثبت بنظمه لغة لكنه غير مقصود ولا سيق له النص، وليس بظاهر من كل وجه^(٣).

ويستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف دلالة الإشارة يتبين لنا: أولا: أن جمهور الأصوليين من الحنفية وإن اختلفت عبارتهم من ناحية اللفظ إلا أنها متحدة من ناحية المعنى وعلى هذا يكون التعريف المختار عند الجمهور هو المعرف لها بأنها: دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعا، لكنه لازم للمعنى المقصود منه لزوما عقليا أو عاديا.

(١) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١٠٧.

(٢) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٨٧.

(٣) ينظر: التوضيح لمن التفتيح - ج ١ ص ١٣٠.

(٤) ينظر: كشف الأسرار للنسفى - ج ١ ص ٣٧٥.

ثانياً: أن صدر الشريعة وبعض المتأخرين من العلماء خالفوا الجمهور في ذلك حيث ذهبوا إلى أن المعنى المفهوم بطريق الإشارة مقصود للمتكلم، ولكنه ليس مقصوداً له بطريق الأصالة بل بطريق التبع. ودليلهم على ذلك: أن ما لا يكون مقصوداً للمتكلم أصلاً لا يصح الاعتدال به، ودلالة الإشارة يثبت بها كثير من الأحكام الشرعية ولا يتصور أن يثبت للحكم بشئ لا يقصد للشارع منه ذلك الحكم، وهذا ما نميل إليه^(١).

وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم:

قال الإمام النيسابى: في وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم: أنه لما لم يكن النص مسوقاً له لم يكن ظاهراً من كل وجه بل فيه نوع خفاء ولا يدرك صريحاً بل إشارة ونظيره في المحسوسات: أن من نظر إلى شئ يقابله فرآه ورأى مع ذلك غيره يمنة ويسرة بأطراف عينيه من غير قصد، مما يقابله فهو المقصود بالنظر وما وقع عليه أطراف بصره فهو مرئى بطريق الإشارة تبعاً لا قصداً^(٢).

وقال صاحب التقرير والتحبير: سميت دلالة الإشارة بذلك؛ لأن السامع لا يقبale على ما سبق له الكلام كأنه غفل عما في ضمنه فهو يشير إليه، وقالوا: ونظير العبارة والإشارة من المحسوس أن ينظر إنسان

(١) ينظر: التوضيح لمن التفتيح - ج ١ ص ١٣١، حاشية نسمات الأسرار - ص ١٤٤.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنيسابى - ج ١ ص ٣٧٥.

إلى مقبل عليه فيذكره ويدرك غيره بلحظة يمنية ويسره، فأدراكه
المقبل كالعبارة وغيره كالإشارة^(١).

المبحث الثاني

الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة .

تتفق العبارة مع الإشارة في أن كلا منهما يجب أن يكون ثابتاً
باللفظ سواء دل اللفظ على عين الموضوع له أو جزئه أو لازمه
المتأخر كما وضحنا ذلك سابقاً ولكن تختلف العبارة عن الإشارة في
أن المعنى الذى دل عليه اللفظ إن كان الكلام مسوقاً له فهو
الاستدلال بالعبارة، وإن لم يكن الكلام مسوقاً له فهو الاستدلال
بالإشارة، وقد وضع ذلك الإمام التفتازانى فقال: إن عبارة النص
دلالتة على المعنى للمسوق له سواء كان ذلك المعنى عين
الموضوع له أو جزؤه أو لازمه المتأخر، وإشارة النص دلالتة على
أحد هذه الثلاثة إن لم يكن مسوقاً، وإنما قلنا ذلك لأن الحكم الثابت
بالعبارة في اصطلاح الأصوليين يجب أن يكون ثابتاً بالنظم
ويكون مسوقاً للكلام له، والحكم الثابت بالإشارة يجب أن يكون ثابتاً
بالنظم ولا يكون مسوقاً للكلام له.

قل صاحب التقرير والتحبير: فى الفرق بينهما كذلك إن الوقوف على
المعنى الإشارى يحتاج إلى تأمل؛ لأنهم — أى العلماء — مطبقون

(١) ينظر : التقرير والتحبير — ج ١ ص ١٠٧.

على أنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قبل الإشارة من العبارة كالكتابة من للصريح^(١).

كما ذكر الفرق بين الظاهر وإشارة النص فقال: والظاهر والإشارة وإن استويا من حيث إن الكلام لم يسق لهما إلا أنهما قد افترقا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة ممن غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن يزداد على الكلام أو ينقص منه.

وقال الدبوسي : فى وصف الدال بالإشارة: وبمثله يظهر حد البلاغة ويظهر الإعجاز^(٢).

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول فى الفرق بين دلالة العبارة ودلالة الإشارة نستطيع أن نقول: إن إشارات النصوص هى معان التزامية منطقية وفى إدراكها تتفاوت العقول والأفهام وأهل الخبرة فى فهم الألفاظ الشرعية هم المختصون باستخراج تلك المعانى الالتزامية، فعبارات النصوص يفهمها الفقيه وغير الفقيه، أما إشارات النصوص فإنه لا يفهمها إلا الفقيه فقط^(٣).

(١) ينظر: التقرير والتحرير - ج ١ ص ١٠٧، التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٠.

(٢) ينظر: تقويم الأكلة لأبى زيد الدبوسى - ص ٢٠٥.

(٣) ينظر / كشف الأسرار على أصول البزدي - ج ٢ ص ٢٣٤، وأصول للشاش - ص

المبحث الثالث

أمثلة لما ثبت من أحكام بطريق دلالة الإشارة

ذكر الأصوليون للاستدلال بإشارة النص أمثلة كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تدانيتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب ولملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يخس منه شيئا﴾ (١).

فإن هذا النص دل بعبارة:

على أن المكتوب يجب أن يكون صحيحا ومطابقا لإرادة المملى؛ لأن وصف الكتابة بالعدل يفهم منه بصريح اللفظ هذا، وهذا الحكم هو المقصود من سياق الكلام.

ودل بإشارته على أن هذا المكتوب يكون حجة على من أملاه بحيث لا يستطيع أن ينكر ما اشتمل عليه ما دام أنه غير مزور؛ لأن هذا الحكم من لوازم المعنى الأول، وهذا الحكم ليس مقصودا من سوق الكلام.

٢- قوله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذی القربى والیتامى والمساكين وابن السبیل کی لا يكون

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٨٢].

دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب^(١) للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ﴿١﴾.

فالآيتان دللتا بعبارتهما على استحقاق الفقراء المهاجرين نصيبا من الفئ لأن الآية سبقت لبيان هذا الحكم، ودلت بإشارتها على أن الذين هاجروا من مكة إلى المدينة قد زالت أملكهم عما خلفوا بمكة لاستيلاء الكفار عليها؛ لأن الله سماهم الفقراء والفقير حقيقة عند الأحناف — من لا يملك المال، لأن من بعدت يده عن المال، فهو لاء كانوا أصحاب ديار وأموال بمكة، كما دلت بطريق الإشارة أيضا على ثبوت الملك في هذه الأموال لمن استولوا عليها لنلا يؤول للملك لا إلى مالك^(٢).

٣- قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾^(٣).

فإن هذا للنص قد أفاد بطريق العبارة أن الحكم في الإسلام يقوم على الشورى بين جماعة المسلمين .

(١) سورة الحشر: آية : [٨٠٧].

(٢) ينظر: أصول المرخسى — ج ١ ص ٢٣٦، التقرير والتحجير — ج ١ ص ١٠٨، كشف

الأسرار للنسفي — ج ١ ص ٣٧٧، فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت — ج ١ ص ٤٠٧.

(٣) سورة الشورى من الآية : [٢٨].

وفيق بدلالة الإشارة على وجوب تخير الأمة لجماعة تراقب الحاكم وتشاركه في سن أنظمة الحكم؛ لأن هذا الحكم من لوازم الحكم الثابت بطريق العبارة^(١).

٤- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢). فإن هذه الآية دلت بعبارتها على أن نفقة اللواتي المرضعات وكسوتهن واجبة على الوالد الذي عبر عنه المولى بقوله " المولود له"، وهذا الحكم هو المقصود قصدا أصليا من سياق الآية، ودلت بإشارتها على عدة أحكام منها.

١- أن الولد ينسب إلى الأب؛ لأن المولى أضاف الولد إليه بحرف اللام فيكون دالا على أنه المختص بالنسبة إليه، ولما كان الولد لا يختص بالوالد من حيث الملك بالإجماع، فيكون مختصا به من حيث النسب، وهذا النسب لازم للمعنى الذي وضع له لفظ اللام. قال الرهاوى في حاشيته ما نصه:

أحقية الوالد بالولد إما ملكا أو نسباً، والأول منتف بالإجماع، فتعين الثاني على وجه يترتب عليه فوائد زيادة على ما يترتب عليه

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ أبي زهرة - ص ١٤١.

(٢) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

مثلاً بالنسبة إلى الأم كالإمامة للكبرى والكفاءة، واعتبار مهر المثل وغيرها من الأمور التي ينفرد بها الأب^(١).

٢- أن نفقة الولد على أبيه لا يشاركه أحد فيها؛ لأنه لما لم يشاركه أحد في النسب، فلا يشاركه أحد في حكمه وهو الإنفاق؛ لأن من له غنم للنسب يكون عليه غرم الإنفاق إذ الغرم بالغنم، وهذا الحكم لازم لما دل عليه النص بطريق العبارة لزوماً ظاهر^(٢).

ما يترتب على هذه الآية من فروع بمقتضى ما ثبت بها من أحكام بطريق دلالة العبارة والإشارة.

قال الإمام السرخسي: في بيان الفروع المترتب على هذا: أن للأب تأويلاً في تفسير الولد وماله، فإن الإضافة بحرف اللام دليل الملك كما يضاف العبد إلى سيده: فيقال هذا العبد لفلان، وإلى هذا أشار الرسول ﷺ بقوله "أنت ومالك لأبيك"^(٣)، ولشبهت التأويل له في نفسه وماله قلنا: لا يستوجب العقوبة بإتلاف نفسه ولا يحد بوطء جاريته وإن علم حرمتها عليه.

(٢) ينظر حاشية الرملى على المنار - ص ٥٢٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى - ج ١ ص ٣٧٦، أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٣٧.

(٣) رواه ابن ماجه: ينظر من ابن ماجه، كتاب للتجار، حديث رقم ٢٢٨٢، الإمام أحمد

ينظر: مسند الإمام أحمد - حديث رقم ٦٦٠٨.

— أن الأب لا يشاركه في النفقة على الولد غيره؛ لأنه هو المختص بالإضافة إليه، والنفقة تنبئ على هذا الإضافة كما وقعت الإشارة إليه في الآية .

- إن استتجار الأم للإرضاع حال قيام النكاح بينهما لا يجوز؛ لأنه جعل النفقة لها عليه باعتبار عمل الإرضاع بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ ^(١) فلا يستوجب بدلين باعتبار واحد.

- أن ما يستحق بالإرضاع من النفقة والكسوة لا يشترط فيه إعلام الجنس والقدر وإنما يعتبر فيه المعروف، فيكون دليلاً لأبى حنيفة — رحمه الله — في جواز استتجار الظئر بطعامها وكسوتها ^(٢).

وقال ابن أمير الحاج:

ثبت أحكام من انفرده بنفقته والإمامة والكفاءة وعدمها، أى فظهر أثر هذا الاختصاص في أفراد الولد بوجوب نفقة الولد عليه كالعبد لما كان مختصاً بالمولى لا يشاركه أحد في نفقته، وفى تعديه أحكام شرعت للأب مع عودتها إليه إذا كان على ما عليه الأب من الصفات المشروطة لتلك الأحكام حتى لو كان الأب أهلاً للإمامة الكبرى وكفى للقرشية لاستجماع شرائطها التى منها

(١) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

(٢) ينظر: أصول المرخسى — ج ١ ص ٢٣٧.

كونه قرشياً تعدى إلى الابن كونه كذلك إذا توافرت فيه بقية شرائطها، ولو كان الأب غير أهل وكفاء لهما لكونه جاهلاً غير قرشى كان الابن كذلك، ما لم يخرج الدليل — أى إلا ما أخرجه الدليل من الأحكام التى هى مقتضى اختصاصه بالنسب عنها كالحرية والرق، فإن الابن يتبع الأم فيهما، وإن اتصف الأب بضد ما الأم عليه منهما^(١).

المبحث الرابع

أقسام دلالة الإشارة

قال ابن عبد الشكور: ومنها الإشارة وهى دلالة التزامية لا تقصد أصلاً، والأذهان متفاوتة فى فهمها، لكونها بعلاقة للزوم، وهو قد يكون جلياً فدلالته جلية، وقد يكون خفياً فدلالته خفية^(٢).

وقال الإمام السرخسى: فمنه — أى من الثابت بالإشارة — ما يكون موجباً للعلم قطعاً بمنزلة الثابت بالعبارة، ومنه ما لا يكون موجباً للعلم وذلك عند اشتراك معنى الحقيقة والمجاز فى الاحتمال مراداً بالكلام^(٣).

(١) ينظر: التقرير والتحبير — ج ١ ص ١٠٧، ١٠٨.

(٢) ينظر: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت — ج ١ ص ٤٠٧.

(٣) ينظر: أصول السرخسى — ج ١ ص ٢٣٧.

وقال الكمال بن الهملم: وقد يتأمل، أى يقع التأمل فى استخراج المعنى الإشارى من اللفظ، قال صاحب الكشف: فكما أن إدراك ما ليس بمقصود بالنص مع المقصود به من قوة الإبصار، فإن فهم ما ليس بمقصود من الكلام فى ضمن المقصود به من قوة الذكاء^(١).

وقال ابن أمير الحاج: وقد يتأمل أى يحتاج فى الوقوف على المعنى الإشارى إلى تأمل فإنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قيل الإشارة من العبارة كالكناية من الصريح، وللظاهر والإشارة وإن استويا من حيث الكلام لم يمتق لهما قد اختلفا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة من غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن تزداد على الكلام أو ينقص منه، ثم إن كان القموض يزول بأدنى تأمل فهى إشارة ظاهرة، وإن كان محتاجا إلى زيادة تأمل فهى إشارة غامضة^(٢).

وعلى ضوء ما ورد عن العلماء نستطيع أن نقول: إن دلالة الإشارة أنواع، وذلك لأنه قد تكون دلالة الإشارة ظاهرة يمكن فهمها

(١) ينظر: تيسر التحرير - ج ١ ص ٨٧.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١٠٧.

بأدنى تأمل، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة نظر وزيادة بصيرة وتأمل، ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين المجتهدين لاختلافهم فى التأمل فقد يظن بعضهم لما لا يظن له غيره، فيأخذ من العبارة الواحدة الكثير من الأحكام، وعليه فإن أقسام دلالة الإشارة كالآتى:

(١) ما تكون دلالة الإشارة فيه ظاهرة :

ومثاله قوله تعالى : ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ ^(١)، فهذا النص يدل بعبارته على إباحة الاتصال بالزوجة اتصالاً جنسياً فى أى لحظة من لحظات ليالى الصيام إلى طلوع الفجر، وهو المقصود الأول بالمسياق، ويدل بإشارته على صحة الصوم مع الجنابة حيث يلزم من جواز إباحة الوقاع إلى آخر لحظة من الليل أن يطلع الفجر قبل التمكن من الاغتسال، وهذا للزوم لزوماً ظاهراً وواضحاً ^(٢).

ويدل أيضاً بإشارته على صحة نية الصوم بعد طلوع الفجر، وذلك يكون بالنية والإمساك، وبه عرفنا صحة النية بعد طلوع الفجر،

(١) سورة البقرة من الآية: [١٨٧].

(٢) ينظر: فوائح الرحمت بسرح مسلم الثبوت - ج ١ من ٤٠٧، ٤٠٨، كشف الأسرار للنسفى

- ج ١ من ٣٢٧.

ولأن جواز التقديم للتخفيف، إذ لا معنى لاشتراط نية الأداء في غير وقت الأداء^(١).

ومن أمثلة دلالة الإشارة للظاهرة أيضا قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضواهن فريضة ﴾^(٢)، فهذا النص يدل بعبارته على جواز الطلاق قبل الدخول، وقبل فرض المهر، وهذا المعنى هو المقصود الأصلي من سياق النص. ويدل بإشارته على صحة عقد النكاح من غير تسمية مهر؛ لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح، وهذا للزوم لزوم ظاهر وواضح^(٣).

٢- ما تكون دلالة الإشارة فيه خفية بحيث يحتاج إدراكها إلى دقّة

فهم وزيادة تأمل:

ومثاله قوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾^(٤)، وقوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وحمله وفصاله في عامين ﴾^(٥).

(١) ينظر: التوضيح على التتقيح - ج ١ ص ٢٤٣، أصول السرخسي ج ١ ص ٢٣٧.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٦].

(٣) ينظر : تفسير النصوص - أ.د/ محمد منكر سلام - ص ٨٠.

(٤) سورة الأحقاف من الآية : [١٥].

(٥) سورة لقمان من الآية : [١٤].

فهاتان الآيتان دلت كل منهما بطريق العبارة على إظهار فضل
الوالدين خصوصاً الوالدة لأنها تقاسى من آلام الحمل والوضع ما
تقاسيه، وهذا الحكم هو الذى سيقّت له الآيتان سوقاً أصلياً. ودلتا بطريق
الإشارة على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر؛ لأن الآية الأولى قدرت مدة
الفصال بحولين، فيلزم من ذلك أن الباقي من الثلاثين شهراً، وهو ستة
أشهر أقل مدة للحمل، وقد خفى فهم ذلك على أكثر الصحابة - رضى
الله عنهم - واختص بفهمه عبد الله بن عباس أو على بن أبى طالب
على حسب اختلاف الرواية فى ذلك، ولما أظهره لهم قبلوه منه
واستحسنوا قوله.

قال الإمام البزدوى : روى أن امرأة ولدت لستة أشهر من وقت
الزواج فرفع زوجها ذلك إلى عمر، وفى رواية إلى عثمان رضي الله عنه فهم
برجمها فقال على أو عبد الله بن عباس: أما إنها لو خاصمتكم كتب الله
لخصمتكم أى غلبتكم فى الخصومة، قال الله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله
ثلاثون شهراً ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ وفصاله فى عامين ﴾ فإذا ذهب
للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فأخذ عمر بقوله ولتئى عليه،
ودراً عنها الحد^(١).

(١) ينظر: كشف الأملار على أصول البزدوى - ج ١ ص ٧٢، أصول المرخسى - ج ١ ص

المبحث الخامس

حكم دلالة الإشارة

هذه للدلالة تثبت بها الأحكام المستفادة منها قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل فإذا كان الحكم الثابت بالإشارة عاماً فإنه يقبل التخصيص، وهذا عند جمهور الأحناف.

هذا وقد ذكر صاحب الكشف تقريباً عن ذلك هو أن الإمام الشافعي ذهب إلى عدم جواز الصلاة على الشهيد عملاً بما نلت عليه إشارة النص في قوله تعالى: ﴿بل أحياء عند ربهم يرزقون﴾^(١) فالشهيد حي حكماً فلا يصلى عليه هذا حاصل كلامه.

وإن كان يرد عليه أن النبي ﷺ صلى على حمزة ؓ سبعة سبعة صلاة.

لكن يرفع هذا الإيراد بأن حمزة ؓ ربما كان مخصوصاً بجواز الصلاة عليه من بين سائر الشهداء فهي خصوصية له دونهم أو أنه خص من عموم الإشارة فبقى عدم الجواز فيما عداه على العموم^(٢)،

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدي - ج ١ ص ٧٢، أصول السرخسي - ج ١ ص ٢٣٧.

(٢) ينظر: كشف الأسرار - ج ٢ ص ٢١٥، والمنطوق والمفهوم وموقف الأصوليين منهما - رسالة دكتوراه تحت رقم ٢٤٧ بكلية الشريعة، ص ٣٠.

وهذا عن بعض العلماء، وذهب البعض الآخر إلى أن الأحكام المستفادة بالإشارة ظنية الثبوت، لهذا لو تعارضت مع دلالة العبارة قدمت عليها وهذا ما سوف نوضحه فيما يأتي :

تعارض دلالة العبارة مع دلالة الإشارة :

إذا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت بدلالة الإشارة قدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة؛ لأن دلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة؛ لأن العبارة تدل على الحكم المقصود من ورود النص، والإشارة تدل على حكم غير مقصود من ورود النص، وما يكون مقصوداً بالورود أقوى مما لا يكون مقصوداً به.

مثال ذلك: قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ^(١) فإنه يدل بإشارته على الآتي:

١- أن للأب على مال الولد شبهة ملك وزكاة لقوله ﷺ " أنت ومالك لأبيك " ^(٢).

٢- أن يقدم الأب في حق الإنفاق من مال الابن على من سواه، ولكن هذا يعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة الواردة في قوله ﷺ وقد سأله بعض أصحابه قائلاً: من أحق الناس بحسن صحابتي يا رسول

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

(٢) سبق تخريجه من .

الله؟ فقال ﷺ " أمك " قال: ثم من؟ قال: " أمك " قال: ثم من؟ قال: " أمك " قال: ثم من؟ قال: أبوك^(١)، فدل هذا النص بعبارة على أن نفقة الأم لا تؤخر في الوجوب عن نفقة الأب، وأنهما على الأقل في مرتبة واحدة، من هنا وقع التعارض فيقدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة، وتكون الأم لها الأسبقية في وجوب الإنفاق عليها.

مثال آخر:

قوله تعالى: ﴿وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٦)، فإنه يدل بعبارة على وجوب القصاص في القتل العمد، لأن هذا هو المقصود من سوق الآية .

وقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ (٢)، فإنها تدل بطريق الإشارة على عدم وجوب القصاص في القتل العمد؛ لأن الله جعل جزاءه الخلود في النار واقتصر على ذلك في مقام البيان والاقتصار في مقام البيان يدل على الحصر، وهذا يستلزم أن القتل العمد لا يجب فيه القصاص، وهنا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت

(١) هذا الحديث متفق عليه، وهو مروى عن أبي هريرة، ينظر: رياض الصالحين من كلام سيد

المرسلين - ص ١١٧ - ط دار الجبل بيروت.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٧٨].

(٣) سورة النساء آية : [٩٣].

بدلالة الإشارة، فيقدم الحكم الثابت بالعبارة على الثابت بالإشارة، ويكون الحكم هو وجوب القصاص في القتل العمد^(١).

(١) ينظر: تيسير التحرير - ج ٣ ص ٨٧.

الفصل الثالث

**في تعريف دلالة النص والفرق بينها وبين القياس وما ثبت بها
من أحكام وأقسامها وحكمها، وتعارضها مع الإشارة والفروع
المخرجة على دلالة النص**

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة النص.

المبحث الثاني: الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: حكم دلالة النص.

المبحث السادس: تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة .

المبحث السابع: الفروع الفقهية المخرجة على دلالة للنص.

الفصل الثالث

دلالة النص

المبحث الأول

تعريفها:

عرف الأصوليون دلالة للنص بتعريفات متعددة:

حيث عرفها الإمام السرخسي بأنها: ما ثبت بمعنى النظم لغة لا استنباطاً بالرأى^(١).

وعرفها: الإمام النسفي بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهداً^(٢).

وعرفها الإمام البزدوى بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهداً ولا استنباطاً^(٣).

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على حكم منطوق لمسكوت لفهم مناطه بمجرد فهم للغة^(٤).

(١) ينظر: أصول السرخسي - ج ١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفي - ج ١ ص ١٠٩.

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ٢ ص ٧٣.

(٤) ينظر: التقرير والتحجير - ج ٢ ص ١٠٩.

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على الحكم في شئ يوجد فيه نص كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى^(١).

وعرفها الشيخ الخضرى بأنها: دلالة اللفظ على ثبوت حكم ما ذكر لما سكت عنه لفهم المناط بمجرد فهم اللغة^(٢).

وعرفها بعض العلماء بأنها: فهم غير المنطوق بسياق الكلام ومقصوده^(٣).

كما عرفها بعضهم أيضاً بأنها: الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوى^(٤).

وعرفها الإمام سعد الدين التفتازانى بأنها : دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى^(٥).

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح - ج ١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى - ص ١٢١.

(٣) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى - ص ١٢١.

(٤) ينظر: حاشية نسمات الأسرار - ص ١٤٦.

(٥) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣١.

هذا وبعد ذكر ما ورد عن الأصوليين في تعريف دلالة النص، نجد بأن هذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى، ولهذا يمكن تعريف دلالة النص بأنها: دلالة الكلام على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي تفهم بمجرد فهم اللغة من غير احتياج إلى نظر واجتهاد، ويسمى بها عامة الأصوليين فحوى الخطاب؛ لأن فحوى الكلام معناه ولحنه أى مقصده، ويسمى بها بعض أصحاب الشافعى مفهوم الموافقة؛ لأن مدلول اللفظ فى محل السكوت موافق لمدلوله فى محل النطق، كما يسمى بها البعض بدلالة الدلالة؛ نظراً لاستفادة الحكم من معنى النص لا من لفظه، ويسمى بها آخرون: القياس الجلى.

وجه تسمية هذه الدلالة بدلالة النص:

وجه تسميتها بذلك هو أن الحكم الثابت بها لا يفهم من اللفظ وحده كما فى دلالة العبارة ودلالة الإشارة بل يفهم من أمرين هما: اللفظ، ومناطق الحكم الذى استفيد من اللفظ أى علة الحكم^(١).

المبحث الثانى

الفرق بين دلالة النص والقياس

قال الإمام سعد الدين التفتازانى: دلالة النص: هى دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزوى - ج ٢ ص ٢١٩ - ٢٢٠.

يعرف اللغة أن الحكم في المنطوق لأجل
ذلك المعنى فخرج بقيد كل من يعرف
اللغة يفهم أن الحكم في المنطوق لأجل ذلك
المعنى، القياس فإن المعنى في القياس لا
يفهمه كل من يعرف اللغة، فإنه لا يفهمه
إلا المجتهد^(١).

وقال الإمام الصرخسى: يشترك في معرفة دلالة النص كل من له
بصر في معنى الكلام لغة فقيها أو غير
فقيه، أما القياس فهو معنى يستنبط بالראى
مما ظهر له أثر في الشرع ليتعدى به
الحكم إلى ما لا نص فيه لا استنباط باعتبار
معنى للنظم لغة، ولهذا اختص العلماء
بمعرفة الاستنباط بالראى^(٢).

وقال الإمام الهزوى: صح إثبات الحدود والكفارات بدلالات النصوص
ولم يجز بالقياس؛ لأنه ثابت بمعنى مستنبط
بالראى نظراً لا لغة حتى يختص بالقياس،
واستوى أهل اللغة كلهم في دلالات الكلام.

(١) ينظر: التلويح على التوضيح — ج ١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول الصرخسى — ج ١ ص ٢٤١.

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول نقول: بأنه ذهب جمهور الأصوليين إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس؛ لأن العلة في دلالة النص تفهم بمجرد فهم اللغة من غير نظر واجتهاد، أما العلة في القياس فإنها تحتاج إلى نظر واجتهاد.

وذهب البعض إلى أن دلالة النص نوعاً من القياس وتسمى قياس جلي؛ لأن العلة في المسكوت عنه [الفرع] أولى بالحكم من العلة في المنطوق به [الأصل]^(١).

تعارض الحكم الثابت بدلالة النص مع الحكم الثابت بالقياس
قال صدر الشريعة:

الثابت بدلالة النص كالثابت بالعبرة إلا عند التعارض هو فوق القياس لأن المعنى في القياس مدرك رأياً لا لغة بخلاف الدلالة فيثبت بها ما يندرى بالشبهات ولا يثبت بالقياس.

وقال الإمام سعد الدين التفتازاني:

قوله " وهو " أى الثابت بدلالة النص فوق الثابت بالقياس؛ لأن المعنى الذى يفهم أن الحكم في المنطوق لأجله يدرك في القياس بالرأى والاجتهاد، وفي دلالة النص باللغة الموضوعية لإفادة المعانى بمنزلة

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البيهقي ج ٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١.

الثابت بالنظم، وفي التعليل إشارة إلى أنه لا يقدم على القياس المنصوص العلة، ولا إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس الشرعي^(١).

(١) ينظر: التوضيح على التلويح ج ١ ص ١٣٦.

المبحث الثالث

أمثلة ما ثبت من أحكام بدلالة النص

نكر الأصوليون أمثلة لما ثبت من الأحكام بدلالة النص، ومن الأمثلة ما يأتي :-

١- قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾^(١) فإن النص يدل بعبارته على تحريم قول الولد لوالديه كلمة " أف لكما " وللتأنيف صورة معلومة، ومعنى لأجله ثبتت الحرمة، وهو إيذاء الوالدين وإيلامهما من ناحية أن صورة هذه الكلمة تدل على الضجر والضييق وسوء الأدب، وهذه العلة موجودة في أمور أخرى أشد إيذاء وإيلاماً كالضرب والشتم والحبس وغيرها، فيتناولها النص الدال على تحريم التأنيف، ويثبت الحكم لها وهو التحريم بطريق دلالة النص^(٢).

٢- ما روى أن ماعزاً زنى وهو محصن فرجم^(٣) وقد علم أنه ما رجم لأنه ماعز؛ بل لأنه زنى في حالة الإحصان، فإذا ثبت هذا الحكم في غيره كان ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس.

(١) سورة الإسراء من الآية : [٢٢].

(٢) ينظر: كشف الأسرار على أصول اليزدي - ج ٣ ص ٢٢٠، أصول المرخسي - ج ١ ص ٢٤٢.

(٣) رواه أبو داود - ينظر: سنن أبي داود - كتاب الحدود - حديث رقم ٣٨٨٣، ومسلم - ينظر : صحيح مسلم - كتاب الحدود - حديث رقم ٣٢٠٥، والترمذي - ينظر: سنن

٣- ما روى أن أعرابياً واقع زوجته في نهار رمضان، فأوجب الرسول ﷺ للكفارة عليه باعتبار جنائته لا لكونه أعرابياً، فمن وجدت منه مثل تلك الجنائية يكون الحكم في حقه ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس^(١)؛ وهذا لأن المعنى المعلوم بالنص لغة بمنزلة العلة المنصوص عليها شرعاً على ما قاله رسول الله ﷺ في الهرة إنها ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات^(٢)، ثم هذا الحكم يثبت في الغارة والحية بهذه العلة بدلالة النص لا بالقياس.

٤- قوله ﷺ للمستحاضة: "إنه دم عرق انفجر فتوضئي لكل صلاة"^٣، ثم ثبت ذلك الحكم في سائر الدماء التي تسيل من العروق فيكون ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس^(٤).

الترمذى - كتاب الحدود - حديث رقم ١٣٤٧، والإمام أحمد - ينظر : مسنده حديث رقم ٢٠٢٢.

(١) ينظر : كشف الأسرار - ج ٢ ص ٢٢١.

(٢) رواه الترمذى وأبو داود وأحمد - ينظر : سنن النسائى - كتاب الطهارة - حديث رقم ٦٨، وسنن أبى داود - كتاب الطهارة - حديث رقم ٧٥، ومسند الإمام أحمد - حديث رقم ٢٢٠٧٤.

(٣) هذا الحديث رواه النسائى (ينظر : سنن النسائى - كتاب الطهارة - حديث رقم ٢٠٦) والبخارى، وينظر : صحيح البخارى - كتاب الحيض - حديث رقم ٢١٦، وينظر : صحيح مسلم - كتاب الحيض - حديث رقم ٥٠٢.

(٤) ينظر : أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤٢.

المبحث الرابع

أقسام دلالة النص

تنقسم دلالة النص باعتبار علة الحكم إلى قسمين :

الأول: ما قطع فيه بعلية الحكم في المنصوص عليه وبوجودها في المسكوت عنه وهو نوعان:

أ- ما تكون العلة في المسكوت عنه أولى بالحكم من المنصوص عليه ومثاله قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ فإن علة التحريم في المسكوت عنه وهو الشتم والضرب والحبس وغيرهما أولى بالحكم من المنصوص عليه وهو التأفيف^(١).

ب- ما تكون العلة في المسكوت عنه مساوية في الحكم للمنطوق به وليست بأولى بالحكم منه، مثال قوله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾^(٢) فقد دلت الآية بعبارتها على تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً بغير حق، ويفهم كل من يعرف اللغة أن علة النهي ما اشتمل عليه هذا الفعل من عدوان على مال اليتيم للعاجز عن دفع الظلم، وهذه العلة متحققة في

(١) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٩٠.

(٢) سورة النماء من الآية: [١٠].

المسكوت عنه الذى هو فى درجة المنطوق به وهو إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فيثبت للتحريم لهذا المسكوت عنه بدلالة النص^(١).

الثانى: ما لا يقطع فيه بعلة الحكم فى المنصوص عليه، ولهذا كان محالاً لبحث واجتهاد الفقهاء مما يترتب عليه اختلافهم فى مسائل فقهية كثيرة.

مثال ذلك : قوله ﷺ " لا قود إلا بالسيف"^(٢)، فهذا الحديث يحتمل معنيين:

الأول: أن الآلة التى تستعمل فى القود هى السيف فمن قتل إنساناً خنقاً أو تغريقاً أو تحريقاً، فإنه لا يقتص منه بنفس الطريقة وإنما يقتل بالسيف.

الثانى : أنه لا يقتص من القاتل إلا إذا كان قد استعمل السيف، وبناء على المعنى الثانى اختلف للعلماء فى علة الحكم، وترتب على ذلك اختلافهم فى حكم القتل بغير السيف، فذهب صاحبان والأئمة الثلاثة إلى أن العلة فى وجوب القصاص هى الضرب للعد بما لا يطيقه البدن، وبمببب هذا قالوا بوجوب للقصاص على من قتل

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزوى - ج ٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٤.

(٢) رواه الترمذى وابن ماجه - ينظر : سنن الترمذى - كتاب الديات - حديث رقم ١٣١٤، سنن ابن ماجه - كتاب الديات - حديث رقم ٢٦٥٧.

بمنقل كالحجر الكبير والهراوة الغليظة بل قالوا : إن الضرب بالمنقل أبلغ من ذلك؛ لأنه يزهد الروح بنفسه أما الجرح فيواسطة السراية.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن العلة في وجوب القصاص هو الجرح الناقض للبنية ظاهراً بتخريب البدن وباطناً بإزهاق الروح، أما القتل بالمنقل فإنه ينقض البنية الباطنية فقط، وبسبب هذا لم يوجب القصاص في القتل بالمنقل وما شابهه^(١).

ومن الأمثلة أيضاً:

حد اللواط: حيث قال الإمام أبو يوسف ومحمد — رحمهما الله — يجب الحد في اللواط على الفاعل والمفعول به، بدلالة نص الزنا؛ فالزنا اسم لفعل معنوى له غرض وهو قضاء الشهوة على قصد سفح الماء بطريق حرام لا شبهة فيه، وقد وجد هذا كله في اللواط، فقضاء الشهوة بالمحل المشتبه وذلك بمعنى الحرارة واللين، ألا ترى أن الذين لا يعرفون الشرع لا يفتلون بينهما، والقصد منه السفاح؛ لأن النسب لا تصور له في هذا المحل، والحرمة هنا أبلغ من الحرمة في الفعل الذي يكون في القبل فإنها حرمة لا تتكشف بحال، وإنما يبدل اسم المحل فقط، فيكون الحكم ثابتاً بدلالة النص لا بطريق القياس، وأبو حنيفة رحمه الله يقول:

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى — ج ٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح — ج ١

هو قاصر في المعنى الذي وجب الحد باعتباره، فإن الحد مشروع زجراً وذلك عند دعاء الطبع إليه ودعاء الطبع إلى مباشرة هذا الفعل في القبل من الجانبين، فأما في الدبر فإن دعاء الطبع إليه من جانب الفاعل لا من جانب المفعول به، وفي باب العقوبات تعتبر صفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم، ثم في الزنا إفساد الفراش وإتلاف الولد حكماً فإن الولد الذي يتخلق من الماء في ذلك المحل لا يعرف له والد لينفق عليه، وبالنساء عجز عن الاكتساب والإنفاق ولا يوجد هذا المعنى في الدبر، فإنما فيه مجرد تضييع الماء بالصب في غير محل منبت، وذلك قد يكون مباحاً بطريق العزل، فعرفنا أنه دون الزنا في المعنى الذي لأجله أجب الحد، ولا معتبر بتأكيد الحرمة في حكم العقوبة، ألا ترى أن حرمة الدم والبول أكد من حرمة الخمر ثم الحد يجب بشرب الخمر، ولا يجب بشرب الدم والبول للتفاوت في معنى دعاء الطبع من الوجه الذي قررنا^(١).

المبحث الخامس

حكم دلالة النص

هذه الدلالة تثبت بها الأحكام الشرعية قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، ولكن مما يجدر

(١) ينظر: أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤٣.

الإشارة إليه هنا أن العلماء قد اختلفوا في مدى قبول الحكم الثابت بدلالة النص للتخصيص.

فذهاب الأحناف إلى القول بأنه: لا يحتمل التخصيص وقد علل ذلك الإمام السرخسي بقوله: إن التخصيص بيان أن الكلام غير متناول له (أى للمخصص) ومعلوم أن الحكم الثابت بالدلالة ثابت بمعنى النص لغة، وبعد أن كان معنى النص متاولاً له لغة يبقى احتمال كونه غير متناول له، وإنما يحتمل إخراجها من أن يكون موجباً للحكم فيه بدليل يعتد به، وذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً، ولما الشافعية فإنهم يرون أن الثابت بهذه يحتمل التخصيص^(١).

وقد أشار إلى هذا الخلاف صاحب التلويح فقال: الثابت بالدلالة مثل الثابت بالعبارة والإشارة في كونه قطعياً مستنداً إلى النظم لاستناده إلى المعنى المفهوم من النظم لغة ولهذا سميت دلالة النص فيقدم على خبر الواحد والقياس، وأما في قبول التخصيص فلا مماثلة؛ لأن الثابت بالدلالة لا يقبله والأصح أنه يقبله صرح بذلك الإمام السرخسي^(٢).

كما أشار إليه الإمام النسفى فقال:

اعلم أن الثابت بدلالة النص لا يحتمل التخصيص، أما عند من يقول: بأن المعانى لا عموم لها؛ لأن المعنى واحد وإنما كثرة محالها،

(١) ينظر: أصول الفقه لأبى زهرة ص ١٤٦، وأصول السرخسى - ج ١ ص ٢٤١، وما بعدها.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٦.

فظاهر؛ لأن الثابت بدلالة النص ثابت بمعنى النص، والتخصيص يستدعى سبق العموم وأما على قول من يقول: إن المعاني لها عموم وهو الجصاص وغيره فلأن معنى النص إذا ثبت علة لم يحتمل أن يكون غير علة وفي التخصيص ذلك، بيانه: أن من قال الموجب لحرمة التأفيف في موضع النص هو الأذى فقد قال: بأن الشرع جعله علة للحرمة أينما وجد، حتى يمكنه التعدية، فمتى وجد هذا الوصف ولا حكم له فلم يكن على الحرمة، فكأنه قال: هو علة وليس بعلة وهو تناقض^(١).

المبحث السادس

تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

إذا تعارض الحكم للثابت بدلالة الإشارة مع الحكم للثابت بدلالة النص قدم الأول لأن ما ثبت بالإشارة ثابت باللفظ والمعنى، أما ما ثبت بالدلالة فهو ثابت بالمعنى فكان الثابت بالدلالة أضعف من الثابت بالإشارة لثبوته بالمعنى فقط، وثبوت غيره معنى ولفظاً، وما ثبت من وجهين أولى مما ثبت من وجه واحد، وقد أشار إلى هذا صاحب التلويح فقال: الثابت بالعبارة أو الإشارة مقدم على الثابت بالدلالة؛ لأن فيهما النظم والمعنى اللغوي، وفي الدلالة المعنى فقط فيبقى النظم سالماً عن المعارض^(٢)، مثاله قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفي - ج ١ ص ٣٩٢، ٣٩٣.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٦.

خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴿^(١)﴾ فإنه يدل بطريق الإشارة على أن القتل العمد لا تجب فيه الكفارة؛ لأن المولى يقتصر في بيان الجزاء على الخلود في النار، ويلزم من الاختصار على ذلك في مقام البيان أن يكون الخلود في جهنم هو كل جزاء القتل العمد، وليس فيه جزاء آخر، وهذا يتعارض مع الحكم المستفاد بطريق دلالة النص الوارد في قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ^(٢) فإنه يدل بطريق العبارة على وجوب الكفارة في القتل الخطأ، ويدل بطريق النص على وجوبها في القتل العمد؛ لأن الكفارة وجبت في القتل الخطأ للزجر عن القتل، وإذا وجبت في القتل الخطأ للزجر كان وجوبها في القتل العمد أولى وأنسب؛ لأنه إذا وجبت الكفارة للزجر عما لا قصد فيه كان وجوبها في الفعل الذي يتحقق فيه القصد أولى، ومن ثم يقدم الحكم للثابت بدلالة الإشارة على الحكم للثابت بدلالة النص، ويكون الحكم هو عدم وجوب الكفارة في القتل العمد وهذا هو مذهب الحنفية ودليلهم:

أن دلالة الإشارة مأخوذة من النظم؛ لأنها مأخوذة من لوازمه، فإن ذكر الملزوم يقتضى ذكر اللازم، أما دلالة النص فإنها لا تفهم من منطوق اللفظ بل هي تؤخذ من مفهومه، وما يكون من المنطوق أولى في الدلالة مما يكون من المفهوم.

(١) سورة النساء آية : [٩٣].

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية يخالفون الحنفية ويقدمون دلالة النص على دلالة الإشارة فيوجبون الكفارة في القتل العمد كما وجبت في القتل الخطأ ودليلهم في ذلك: أن دلالة النص تفهم لغة من النص فهي قريبة من دلالة العبارة، ودلالة الإشارة لا تفهم من النص لغة بل تفهم من اللوازم البعيدة للنصوص، وما يكون من عبارتها أولى بالأخذ مما يكون من اللوازم التي تختلف فيها الأفهام.

وأيضاً : فإن المعنى في دلالة النص واضح المقصد من الشارع بخلاف اللوازم فإنها قد تكون مقصودة وربما لا تكون مقصودة^(١).

المبحث السابع

الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص

١- وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بغير عذر:-

أوجب الحنفية للقضاء على المفطر بغير عذر بدلالة النص، وذلك لأنه لما وجب القضاء على المفطر في رمضان بعذر المرض والسفر، وجب على المفطر بغير عذر حيث إنه في الموضوعين ينعدم أداء الصوم الواجب في الوقت، والمرض والسفر عذر في الإسقاط لا في الإيجاب، فعرف أن وجوب القضاء عليهما لانعدام الأداء في الوقت

(١) ينظر: أصول أبي زهرة - ص ١٤٦.

بالفطر لغة، وقد وجد هذا المعنى بعينه إذا أفطر من غير عذر فيلزمه
القضاء بدلالة النص^(١).

(١) ينظر: أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤٦.

٢- وجوب الكفارة في يمين الغموس:-

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الكفارة في اليمين الغموس؛ لأن الكفارة تسقط الإثم فيها كما تسقطه في غير الغموس، ووجوب الكفارة في الغموس بناء على ثبوتها في اليمين التي حلفها صاحبها ثم حنث الحالف لاعتبارها إذ ذاك يمينا كاذبة، فإن وجوب الكفارة في اليمين الغموس من باب أولى، خصوصاً وأن الكذب في يمين البر طارئ وليس أصلياً بخلاف الكذب في اليمين الغموس، فإنه منعمد من أول وهلة، فكان وجوب الكفارة في يمين الغموس أولى، وهذا عمل بدلالة النص يؤيده قوله ﷺ: ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ (١).

وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الكفارة في اليمين الغموس بناء على أن اليمين الغموس محظورة فلا تصح للكفارة كالزنا والسرقة وشرب الخمر، أما اليمين غير الغموس فليست محظورة ابتداء، بل جائزة فتجبر بالكفارة عند الحنث فيها بخلاف محظورة الأصل، فالجهة بين اليمينين منفكة، وإذا كان الأمر كذلك فإن اليمين الغموس لا تجب فيها الكفارة كما هو الحال بالنسبة ليمين البر (٢).

(١) سورة المائدة: من الآية [٨٩].

(٢) ينظر: أصول الشرحى ج ١ ص ٢٦٤، والمهذب ج ٢ ص ١٤٢، والتلويح على

التوضيح ج ١ ص ١٣٦.

٣- وجوب سجود السهو على من زاد أو نقص في صلاته عمداً:

قال الإمام الشافعي: يجب سجود السهو على من زاد أو نقص في صلاته عمداً؛ لأن وجوب السجود عليه عند السهو باعتبار تمكن النقصان في صلاته وذلك موجود في العمل وزيادة، فيثبت الحكم فيه بدلالة النص.

وذهب الحنفية: إلى عدم وجوب سجود السهو عليه، وقالوا: إن ما استدلل به الشافعية فاسد؛ لأن السبب للموجب بالنص شرعا هو السهو على ما قاله رسول الله ﷺ والسهو ينعدم إذا كان عامداً^(١).
وحديث سجود السهو هو ما روى أن النبي ﷺ " صلى فسها فلم سلم سجد سجدتين ثم سلم"^(٢).

(١) ينظر: أصول السرخسي - ج ١ ص ٢٤٨، وكشف الأمل على أصول السيد ذي - ج ٢ ص ٢٣٤.

(٢) رواه الإمام أحمد من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (ينظر: سنن الإمام أحمد ج ٢ / ص ٤٤٠ كتاب الصلاة باب ما جاء في التشهد في سجدتي السهو) كما رواه النسائي في السهو باب ذكر الاختلاف على أبي هريرة في السهو (ينظر: سنن النسائي ج ٣ / ص ٢٦) وأبو داود عن عمران بن حصين (ينظر: سنن أبي داود ج ١ / ص ٢٧٣).

الفصل الرابع

**فى تعريف دلالة الاقتضاء والفرق بينها وبين دلالة الإشارة
وأقسامها وعموم المقتضى وحكمها**

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة .

المبحث الثالث : أقسامها.

المبحث الرابع: عموم المقتضى.

المبحث الخامس : حكم دلالة الاقتضاء.

الفصل الرابع

دلالة الاقتضاء

المبحث الأول

تعريفها:

الاقتضاء في اللغة: الطلب ومنه يقتضى الدين وتقاضاه أى طلبه.

وفي الاصطلاح: اختلفت عبارات الأصوليين في تحديد معناها.

فعرّفها صاحب كشف الأسرار بأنها: ما أضمر فى الكلام ضرورة صدق المتكلم ونحوه^(١).

وعرّفها الإمام السرخسى بأنها: دلالة اللفظ على زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً أو موجباً للحكم^(٢).

وعرّفها بعض العلماء بأنها: زيادة على النص لا يتحقق معنى النص بدونها فاقتضاها النص ليتحقق معناه ولا يلغو^(٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ١ ص ٧٥، مختار الصحاح ص ٥٤٠.

(٢) ينظر: أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٤٨.

(٣) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٧٥.

وقال الشيخ محمد أبو زهرة : هي دلالة اللفظ على أمر لا يستقيم للمعنى إلا بتقديره^(١).

وعرفها الإمام النسفي فقال : وأما الثابت باقتضاء النص فما لم يعلم النص إلا بشرط تقدمه عليه فإن ذلك أمر اقتضاء للنص لصحة ما يتأوله^(٢).

وعرفها ابن عبد الشكور بأنها: دلالة المنطوق على ما يتوقف صحته عليه.

وباستقراء ما ورد عن العلماء في تعريف دلالة الاقتضاء نجد أنهم وإن اختلفت عباراتهم في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى وعليه يمكن تعريف دلالة الاقتضاء بأنها:

" دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صديق الكلام أو صحته عقلا أو شرعا "

وبعد بيان معنى دلالة الاقتضاء لابد من الوقوف على أمور مهمة في هذا البحث وهي:

١- المقتضى [بالكسر]

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة - ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للتمني - ج ١ ص ٣٩٣.

٢- المقتضى [بالفتح].

٣- حكم الاقتضاء.

٤- الاقتضاء.

قال صاحب كشف الأسرار في توضيح هذه الأمور:

اعلم أن الشارع متى دل على زيادة شئ في الكلام لصيانيته عن اللفظ فالحامل على الزيادة وهو صيانة الكلام يسمى بالمقتضى (بالكسر) والمزيد هو المقتضى (بالفتح)، ويسمى ما ثبت بالكلام المزيد حكم الاقتضاء، ودلالة الشرع على أن الكلام لا يصح إلا بالزيادة هي الاقتضاء^(١).

ونقول في توضيح ما سبق:

إن صدق الكلام أو صحته قد يتوقف كل منهما على احتمال إضمار شئ في الكلام للدلالة على صدقه أو صحته، وذلك إما أن يكون شرعياً أو عقلياً، وذلك أن الشرع أو العقل قد يدل أحدهما وجوباً على شئ مقدر في الكلام لصيانة هذا الكلام عن اللفظ، ولولا هذا التقدير من الشرع أو العقل لكان الكلام بعيداً عن الفائدة في الدلالة على حكم من الأحكام، فالأمر الحامل للمتكلم على تقدير شئ زيادة في الكلام لصيانيته عن اللفظ، هو ما يسمى بالمقتضى بالكسر، وأما هذا المقدر الذي زيد في

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخاري - ج ١ ص ٧٥.

الكلام لصيانيته عن اللغو فهو المقتضى بالفتح، وكون الشرع أو العقل دالين على أن هذه الكلام لا يصح إلا بتقدير هذه الزيادة طالبين لها هو الاقتضاء، ثم إن هذا الأمر المقدر للذي لم ينطق به يعتبره المستدل كالمنطوق به من حيث إنه لا بد منه لتصحيح المنطوق أو صدقه فهو حكم الاقتضاء.

قال صاحب التلويح^(١) في المثال على ذلك؛ لو قال شخص لآخر اعتق عبدك عنى بألف، فمقتضاء هو البيع؛ لأن اعتاق الرجل عبده بوكالة الغير ونيايته يتوقف على جعله ملكا له، وسبب للملك ههنا هو البيع بقرينة قوله عنى بألف فيكون البيع لازما متقما لمعنى الكلام والاقتضاء هو دلالة هذا الكلام على البيع والمراد باللزوم هاهنا ما هو أعم من الشرعي والعقلي اللبين وغير اللبين.

المبحث الثاني

الفرق بين الاستدلال بدلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

قبل بيان الفرق بينهما نقول: تشترك دلالة الاقتضاء مع دلالة الإشارة في أن كلا منهما من قبيل الدلالة الاتزامية، فدلالة الاقتضاء تستلزم أمراً مقدراً لصدق أو صحة الكلام، ودلالة الإشارة تستلزم أمراً لازماً للمعنى المقصود من سياق الكلام لزوماً عقلياً أو عادياً.

(١) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٢٧.

وتفتقر دلالة الاقتضاء عن دلالة الإشارة في أن اللازم المقدر في دلالة الاقتضاء متقدم واجب التقديم، أما في دلالة الإشارة فقد يكون لازمه متأخرا وهو الأكثر^(١).

ولهذا قال صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوى:

وأما المقتضى فالشئ الذى لم يعمل النص أى لم يفد شئنا ولم يوجب حكما إلا بشرط تقدم ذلك الشئ على النص وإنما شرط تقدمه عليه؛ لأن ذلك أم اقتضاه النص لصحة ما تناول النص إياه، فتكون صحة النص متوقفة عليه توقف المشروط على الشرط فيقدم لا محالة، ولما اقتضى النص ذلك الشئ لصحته صار ذلك الشئ مضافا إلى النص بواسطة اقتضاء النص إياه^(٢)، وعلى هذا فالحكم الثابت بمقتضى النص ثابت بالنص لا بالراى.

وقال الإمام السرخسى: المقتضى: هو عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيدا أو موجبا للحكم وبدونه لا يمكن إعمال المنظوم فكان المقتضى مع الحكم مضافين إلى النص فالثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بطريق القياس^(٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفى - ج ١ ص ٣٩٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للإمام البخارى - ج ١ ص ٧٥.

(٣) ينظر: أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٤٨.

المبحث الثالث

أقسام دلالة الاقتضاء

قسم الأصوليون دلالة الاقتضاء إلى ثلاثة أقسام بحسب مقتضى تقدير المحذوف وهي كالآتي:

القسم الأول:

ما وجب تقديره لصدق الكلام كقوله ﷺ " لا صيام لمن لا يبيت النية"^(١)، أى لا يقع الصيام صحيحاً لمن لا يبيت النية فتقدر الصحة ليصدق الكلام، إذ إنه لا يمكن أن يصدق الكلام إلا بذلك؛ لأن ظاهر الحديث يفيد أن صيام من لا يبيت النية غير موجود والواقع غير ذلك، فوجب تقدير أمر محذوف يتوقف صدق الكلام عليه، والمقدر هو كلمة " الصحة"، ويكون المعنى حينئذ لا صيام صحيح لمن لا يبيت النية.

القسم الثاني: ما وجب تقديره لصحة الكلام شرعاً، ومثاله قوله تعالى : ﴿حرمت عليكم الميتة﴾^(٢) وقوله تعالى : ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾^(٣)، فإن ظاهر الآيتين وجود الحرمة على الميتة وعلى

(١) رواه ابن ماجة وأبو داود والدارمي والبيهقي وأحمد والنسائي ومالك - ينظر: سنن ابن ماجة - ج ١ ص ٥٤٢، وسنن أبي داود - رقم ٢٤٥٤، وسنن الدارمي - ج ٢ ص ١٧٢، وسنن البيهقي - ج ٢ ص ٢٠٢، وموطأ مالك - ج ١ ص ٢٨٨، والنسائي - كتب الصيام - حديث ٢٢٩١.

(٢) سورة المائدة من الآية : [٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [٢٣].

الأمهات، ومن المعروف أن الحرمة وهى من الأحكام الشرعية لا تتعلق بالنوات؛ وإنما تتعلق بالأفعال، فلا بد من محذوف ومقدر يتوقف عليه صحة الكلام شرعاً، وهو فى الآية الأولى يقدر بكلمة "أكل"، وفى الثانية بكلمة "زواج"، ويكون المعنى فى الآية الأولى حرمت عليكم أكل الميتة، وفى الثانية حرمت عليكم زواج الأمهات.

القسم الثالث: ما وجب تقديره لصحة الكلام عقلاً كقوله تعالى : ﴿ فلیدع نادیه ﴾^(١)، فإن النادى وهو المكان لا يدعى عقلاً وإنما الذى يدعى من يكونون فيه، ولذا قدروا كلمة "أهل" فقالوا المعنى فلیدع أهل نادیه، وقوله تعالى : ﴿ واسأل القرية ﴾^(٢) فإن القرية وهى المكان لا تسأل عقلاً، وإنما الذى يسأل من يكونون فيها ولذا قدروا كلمة "أهل" فقالوا : واسأل أهل القرية^(٣).

(١) سورة الطلق من الآية [١٧].

(٢) سورة القرية من الآية : [٨٢].

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول اليزدى - ج ١ ص ٧٦، وأصول المرخسى - ج ١ ص ٣٩٥.

المبحث الرابع

عموم المقضى

قال صاحب التلويح: لا عموم للمقضى على لفظ اسم المفعول
أى اللزوم المتقدم الذى اقتضاه الكلام تصحيحاً له إذا كانت تحته أفراد،
ونقول قبل بيان الخلاف:

تحريم محل النزاع:

إذا كان المقضى والمقدر بالقرينة خاصة (أى متعين) وجب
تقديره خاصاً كما فى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ، أما إذا
كان المقضى عاماً أى يدخل تحته أفراد كثيرون فاختلّفوا هل يقدر عاماً
أم لا ؟

فقال الأحناف :

إنه لا يقدر عاماً ذهاباً منهم بأن المقضى لا عموم له؛ لأنه ثبت
ضرورة صدق الكلام لو صحته والضرورة تندفع بقدرها، فإذا كانت
للضرورة تندفع بإثبات فرد من أفراد العام فلا حاجة إلى إثبات ما
وراءه.

وقال الشافعية :

إنه يقدر عاماً ذهاباً منهم إلى القول بعموم المقضى؛ لأن
المقضى بمنزلة المنصوص فى ثبوت الحكم به حتى كان الحكم الثابت

به كالثابت بالنص لا بالقياس، فكذا في إثبات صفة العموم فيه، فيجعل كالمنصوص، والمعنى لا ينفك عن لفظه، فيعطى حكمه، وحيث إن النص يدخله العموم فكذا ما يقتضيه، ونوقش هذا الدليل: بأن هناك فرقا بين المقتضى والنص إذ النص يعمل بنفسه من غير حاجة إلى تقدير، أما المقتضى فإنه قدر للحاجة حتى إذا كان المنصوص مفيدا بدون المقتضى لا يثبت المقتضى شرعا ولا لغة، والثابت للحاجة يتر بقدرها ولا حاجة إلى إثبات صفة العموم للمقتضى، فإن الكلام مفيد بدونه وهو نظير إباحة تناول الميتة للمضطر، فإنه ينبغي أن يقتصر فيها على قدر الحاجة فقط دون التحول والحمل^(١) والتنازل إلى الشبع لا يثبت حكم الإباحة فيه، بخلاف المنصوص فإنه عامل بنفسه، فيكون بمنزلة حل المذكاه يظهر في حكم التناول وغيره مطلقا.

الرأى الراجح

هذا، والذي نرجحه هو قول أصحاب الرأى الأول وذلك لقوة أدلتهم وردهم على أدلة أصحاب المذهب الثانى.

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ١ ص ٧٦، شرح الإسنوى على منهاج البيضاوى ج ٢ ص ٧٤، شرح اللعبد على مختصر المنتهى ج ٢ ص ١١٦، أصول المرعى ج ١ ص ٢٤٨، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت - ج ١ ص ٤١٢، التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٧.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى القول بعموم المقتضى وعدمه فى بعض الفروع الآتية :

١- قوله ﷺ : " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (١)، فإن ظاهر الحديث يفيد أن الخطأ والنسيان والإكراه لا يوجد شئ منها فى الأمة، ولكن الواقع غير ذلك بدليل وقوعه من أمته ﷺ ، فلا بد من تقدير شئ حتى يكون الكلام صحيحا لاستحالة رفع الشئ بعد وقوعه، وهذا المقدر هو " حكم " أى رفع حكم الخطأ والنسيان والإكراه، والحكم عام لأنه يشمل الدنيوى والأخروى، لكن الأحناف يقولون إن الاقتضاء ثبت ضرورة والضرورة تندفع بتقدير أحد النوعين، وهو الحكم الأخرى؛ لأنه متفق عليه، ولأن الله قد وضع للخطأ عقوبة دنيوية فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (٢) فلا يكون له عقوبة أخروية؛ لأنه لا يعاقب على الفعل مرتين ولو كان ذلك لذكره المولى ﷺ.

(١) هذا الحديث: أخرجه الحاكم فى المستدرک — كتاب الطلاق — ينظر : المستدرک — ج ٢ ص

١٩٨، وابن ماجه — كتاب الطلاق — ينظر: سنن ابن ماجه — ج ١ ص ٦٥٩، والبيهقى —

كتاب الخلع والطلاق — ينظر : سنن البيهقى — ج ٧ ص ٣٥٦.

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية : الذين يقولون بعموم المقتضى ييقنون هذا المقدر على عمومته، وعليه يكون الحكم عندهم شاملاً للدنيوى والأخروى^(١).

٢- قوله ﷺ: " إنما الأعمال بالنيات"^(٢)، فإنه ليس المراد عين العمل، فإن ذلك متحقق بدون النية وإنما للمرد الحكم وقد ثبت ذلك بمقتضى الكلام، فقال الشافعى يعم ذلك حكم الدنيا والآخرة فيما يستدعى القصد والعزيمة من الأعمال قولاً بعموم المقتضى.

وقال الحنفية: المراد حكم الآخرة وهو أن ثواب العمل بحسب النية؛ لأن ثبوته بطريق الاقتضاء ولا عموم للمقتضى، وعلى هذا نقول: هل يقع طلاق الواحد بنية الثلاث، كما إذا قال لزوجته أنت طالق أو طلقك ونوى ثلاثاً، فإنه على قول الشافعى تعمل نيته؛ لأن قوله طالق يقتضى طلاقاً وذلك كالمنصوص عليه، فتعمل نيته الثلاث فيه قولاً بالعموم فى المقتضى.

وذهب الحنفية: إلى أن قوله طالق نعت مفرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، والنية إنما تعمل إذا كان المعنى من محتملات اللفظ ولا يمكن إعمال نية العدد باعتبار المقتضى؛ لأنه لا عموم للمقتضى

(١) ينظر: أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٥١.

(٢) رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود - ينظر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى - ج ١

ص ٩، وصحيح مسلم بشرح النووي - ج ٤ ص ٥٧١، متن أبى داود - ج ٢ ص ٢٦٢.

ولأن المقتضى لا يجعل كالمصرح به فى أصل الطلاق، فكيف
يجعل كالمصرح به فى عدد الطلاق؟

وبيانه: أنه إذا قال لامرأته: زورى أباك أو حجى، ونوى به
الطلاق لم تعمل نيته ومعلوم أن ما صرح به يقتضى ذهاباً لا محالة ثم
لم يجعل بمنزلة قوله اذهبى حتى تعمل نيته الطلاق فيه، يقرره أن قوله
طالق نعت للمرأة، فإنما يعتبر فيه من المقتضى ما يكون قائماً
بالموصوف والطلاق من هذا اللفظ مقتضى هو ثابت بالواصف شرعاً،
فإنه لا يكون صادقاً فى هذا الوصف بدون طلاق يقع عليها، فيجعل
موقعا ليتحقق هذا الوصف منه صدقاً، ومثل هذا المقتضى لا يكون
كالمصرح به شرعاً، بخلاف قوله أنت بائن، فإن ذلك نعت فرد نصاً
حتى لا يسمع نية للعدد فيه لو نوى تنتين ولكن البينونة تتصل بالمحل فى
الحال^(١).

وقال صاحب التلويح فيما تقدم:

قد وقعت فى باب الطلاق عبارات متشابهة صحت عن أبى
حنيفة رحمته الله نية الثلاث فى بعض منها مثل طلقى نفسك، دون بعض مثل
أنت طالق أو طلقك، وإذا صرح بالمصدر مثل أنت طالق طلاقاً صحت
نية الثلاثة اتفاقاً.

(١) ينظر: أصول المرخسى ج ١ ص ٢٥٤، المهذب — ج ٢ ص ٨٤، بدوئة المجتهد ج ٢
ص ٨١، ٨٢.

وذلك لأن الطلاق في أنت طالق وطلقتك ثابت بطريق الاقتضاء، فلا يعم جميع ما تحته من الأفراد وهو الثلاث، وفي طلقى نفسك ثابت بطريق اللغة، فيكون كالمفوض فيصبح جملة على الأقل وعلى الكل كسائر أسماء الأجناس وتحقيق ذلك في أنت طالق يدل بحسب اللغة على انتصاف المرأة بالطلاق لا على ثبوت الطلاق عند الرجل بطريق الإنشاء، وإنما ذلك أي الطلاق الثابت بطريق الإنشاء عن الرجل أمر شرعى ثبت ضرورة أن انتصاف للمرأة بالطلاق يتوقف شرعا على تطبيق الزوج إياها، فيكون ثابتا بطريق الاقتضاء، فيقدر بقدر الضرورة.. بخلاف طلقى نفسك، فإنه مختصر من افعلى فعل الطلاق من غير أن يتوقف على مصدر مغاير لما ثبت ضمن الفعل؛ لأنه لطلب الطلاق في المستقبل فلا يتوقف إلا على تصور وجوده، فيكون الطلاق الثابت به هو نفس مصدر الفعل فيكون ثابتا لغة لا اقتضاء فيكون بمنزلة المفوض، فيصبح جملة على الأقل وعلى الكل وإن لم يكن عاما.. وكذا إذا كان مذكورا نحو طلقى طلاقا، وأنت طالق طلاقا، وطلقتك طلاقا، فإنه لا دلالة على العموم كيف وهو نكرة في الإثبات، فإن قلت: فمن أين صحت نية للطلاق قلت: من جهة أن الطلاق اسم دال على الواحد حقيقة أو حكما وهو المجموع من حيث المجموع أعنى الطلاقات الثلاث؛ لأن المجموع في باب الطلاق^(١).

(١) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٢٨، ١٣٩.

المبحث الخامس

حكم دلالة الاقتضاء

دلالة الاقتضاء تثبت بها الأحكام قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطعية إلى الظنية كالتخصيص والتأويل، هذا وقد وقع خلاف بين الأصوليين في المقتضى من حيث كونه يقبل العموم أو أنه لا يدخله العموم على النحو المتقدم بيانه.

تعارض دلالة الاقتضاء مع دلالة النص

إذا تعارض الحكم الثابت بمقتضى النص مع الحكم الثابت بدلالة النص، فم الثاني على الأول؛ وذلك لأن دلالة النص أقوى من دلالة الاقتضاء من حيث إن الثابت بدلالة النص ثابت بغوى اللفظ لغة، أما الثابت بالاقتضاء فإن ثبوته ليس باللفظ ولا بفحواه بل بأمر آخر تطلبه صدق للنص أو صحته.

ولهذا قال الإمام السرخسي : إن الثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بالقياس إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص أقوى؛ لأن النص يوجب به باعتبار المعنى لغة والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما ثبت شرعاً للحاجة إلى إثبات الحكم به^(١).

(١) ينظر : أصول السرخسي - ج ١ ص ٢٤٨.

وقال الإمام النسفي أيضا: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص حينئذ أقوى منه، لأن النص يوجب اعتبار للمعنى لغة، والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما يثبت شرعا للحاجة إلى تصحيح للمنطوق.

كما قال صاحب شرح نور الأنوار: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص أي هما سواء في إيجاب الحكم القطعي، إلا أنه تترجح الدلالة على الاقتضاء عند المعارضة مثاله: قول ﷺ لعائشة — رضي الله عنها — " حتىه ثم اقرصيه ثم اغسله بالماء" ^(١) فإنه يدل باقتضاء النص على أنه لا يجوز غسل النجس بغير الماء من المائعات، لأنه لما أوجب الغسل بالماء، ففقتضى صحته أن لا يجوز تغير الماء، ولكنه بعينه يدل بدلالة النص على أنه يجوز غسله بالمائعات، وذلك لأن المعنى المأخوذ منه الذي يعرف كل أحد هو التطهير وذلك يحصل بهما جميعا، ألا ترى أن من ألقى الثوب النجس، لا يؤاخذ باستعمال الماء فيه، لأن المقصود، وهو إزالة للنجاسة حاصل على كل حال فرجحت الدلالة على الاقتضاء.

(١) رواه الإمام الترمذي عن أسماء بنت أبي بكر (ينظر: سنن الترمذي ج ١/ ص ١٩، باب الطهارة والدارمي (ينظر: سنن الدارمي ج ١/ ١٩٧) والسنائي (ينظر: سنن السنائي ج ١ ص ١٥٥) وأبو داود (ينظر: سنن أبي داود ج ١/ ص ٧٠).

قال الإمام الخارئي : ما وجد لمعارضة المقتضى مع الأقسام المتقدمة نظير، ولقد رد هذا الادعاء صاحب شرح نور الأنوار فقال: وما قيل من أن مثاله لم يوجد في النصوص، فإنما هو من قلة التبع^(١).

(١) ينظر: كشف الأسرار مع شرح نور الأنوار ج ١ ص ٣٩٨، وكشف الأسرار على أصول الفيزدوى ج ١ ص ٧٥، وأصول الفقه لأبي زهرة ص ١٤٦.

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

بعد أن ذكرنا أقسام الدلالة اللفظية عند الأحناف نشرع في بيان أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عندهم فنقول:

قسم الحنفية الدلالة الوضعية غير اللفظية إلى أربعة أقسام وسموها ببيان الضرورة، وهذه الأقسام الأربعة كلها دلالة مسكوت، وتلحق اللفظية في إفادة الأحكام وهي كالآتي:

الأول: أن يلزم عند منكور مسكوت عنه كما في قوله تعالى في بيان ميراث الأبوين : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾ (١).

فإن هذا السياق يدل على انحصار يرثه في أبويه، واختصاص الأم بالثلث ولازمه المسكوت عنه، وهو لأبيه الثلثان، فليس مجرد المسكوت دليلاً على ذلك وإنما هو ناتج من الانحصار، وببيان نصيب أحد المستحقين كما في قول القاتل: دفعت لك مالى مضاربة على أن لك نصف الربح، فمعلوم أن الربح منحصر فيهما وقد بين نصيب أحدهما، فيلزم منه أن نصيب الثاني هو الباقي

(١) سورة النساء من الآية [١١]

الثاني: دلالة حال الساكت الذي وظيفته البيان مطلقاً أو في تلك الحادثة كسكوته ﷺ على أمر يشاهده من قول أو فعل، فإنه يدل على الإذن فيه إذا لم ينكره ومن هنا كان تقريره ﷺ قسماً من السنة كقوله وفعله ومن هذا القسم سكوت البكر إذا استأذنها وليها أو رسوله في تزويجها من معين فسكت، فإن هذا ينزل منزلة الرضا لدلالة الحال.

الثالث: اعتبار سكوت الساكت دلالة كالنطق لدفع التغير، كدلالة سكوته عند رؤيته محجوره يبيع ولا ينهاء على إذنه له في التصرف لأن ذلك لو لم يعتبر إننا لأصاب الناس ضرر إذ هم يستدلون بهذا السكوت على الإذن فلا يمتنعون عن معاملة المحجور، وهذا تغرير بالناس وضرر لهم ودفع الضرر عنهم واجب، ومنه دلالة سكوت الشفيع عن طلب الشفعة طلب التقرير بعد تمكنه منه على إسقاط الشفعة لضرورة دفع الضرر عن المشتري.

الرابع: دلالة السكوت على تعيين محدود تعرف حنقه ضرورة طول الكلام بذكره كما يقولون مائة ودرهم أو دينار أو قفيز من بر مثلاً، فالسكوت عن مميز المائة يدل عرفاً على أنه في الأول درهم وفي الثاني دينار وفي الثالث قفيز، والظاهر أن هذه الدلالة في هذه الأحوال ليست لمجرد السكوت وإنما هي للقرائن التي حفت بالسكوت^(١).

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ص ١١٨، ١١٩.

الباب الثاني

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

ويشتمل على فصلين

الفصل الأول: دلالة المنطوق ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : في تعريفها.

المبحث الثاني : في أقسامها.

الفصل الثاني: دلالة المفهوم ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : في تعريفها

المبحث الثاني: في أقسامها.

الباب الثانى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

قسم جمهور الأصوليين اللفظ من حيث دلالاته على المعنى إلى قسمين:

دلالة المنطوق.

دلالة المفهوم.

وهذا التقسيم للدلالة، هو الذى اختاره الإمام البخارى^(١)، وهناك بعض من العلماء ذهب إلى أن المنقسم إلى المنطوق والمفهوم هو المدلول، وهو المختار عند الإمام سعد الدين التفتازانى^(٢).

ونقول: إن الخلاف لا يؤثر فى المراد؛ لأن تقسيم أحدهما يقتضى تقسيم الآخر، إذ المدلول هو المعنى الثابت بالدلالة، فإذا انقسم المدلول إلى منطوق ومفهوم انقسمت الدلالة تبعاً لذلك، وبذلك يكون الخلاف لفظياً، لا يترتب عليه أية ثمرة فى الأحكام الشرعية.

وجه اتحصار الدلالة عند الجمهور فى هذين القسمين:

هو أن الذى يستفاد من اللفظ نوعان:

أحدهما: متلقى من المنطوق به المصرح بذكره.

(١) ينظر: نهاية السؤل — ج ١ ص ٣١١.

(٢) ينظر: حاشية السعد على مختصر بن الحاجب ج ١ ص ١٧١.

والثاني: متلقى من فحوى اللفظ، وهو مسكوت عنه لا نكر له ولا تصريح به، ونعني بالمنطوق هنا المنطوق به أى اللفظ المتكلم به، وربما أطلق على المعنى كذلك اصطلاحاً، قال العطار في حاشيته على جمع الجوامع: "وإطلاقه على المعنى حقيقة اصطلاحية وإلا فالمعنى لا ينطبق به وإنما ينطق باللفظ"^(١).

وحيث علمنا ذلك فقد آن لنا أن نتكلم عن الأقسام السابقة فنقول:-

(١) ينظر: حاشية العطار على جمع الجوامع - ج ١ ص ٢٧٩.

الفصل الأول

في تعريف دلالة المنطوق وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف المنطوق.

المبحث الثاني : أقسام دلالة المنطوق ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: المنطوق الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : في تعريفه.

المسألة الثانية: في أقسامه.

المطلب الثاني: المنطوق غير الصريح

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: في تعريفه

المسألة الثانية : في أقسامه.

الفصل الأول

دلالة المنطوق

المبحث الأول

تعريف المنطوق:

المنطوق في اللغة: الملفوظ، وهو مأخوذ من نطق بمعنى تكلم بصوت واشتمل كلامه على حروف ومعاني^(١)، فالمنطوق إذاً هو:

الكلام الذي نطق به المتكلم وتلفظ به، وسواء أكان المتلفظ به حكماً أو ذاتاً وسواء أدل اللفظ على الحكم الملفوظ به بنحو الحقيقة مثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٢) أم بنحو المجاز مثل قوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾^(٣)، حيث دل الكلام المركب بمنطوقه في الآية الأولى على جواز البيع وتحريم الربا بنحو الحقيقة، ودل في الثانية على وجوب التيمم عند عدم الماء ووجود الجنابة المعبر عنها باللمس مجازاً (وهذا عند الأحناف الذين يفسرون اللمس في الآية بالجماع، أما عند غيرهم فاللمس في

(١) ينظر: مختار الصحاح — ص ٦٧.

(٢) سورة البقرة من الآية [٢٧٥].

^٣ سورة النساء من الآية

حقيقته ليس فى الآية حينئذ)، وأما دلالة المنطوق على الذوات فنذلك كنحو أحمد ومصطفى إلى غير ذلك من سائر الذوات^(١).

وفى اصطلاح الأصوليين :

وهو ما دل عليه للفظ فى محل النطق^(٢)، وهذا هو التعريف المختار عند الجمهور، ولهذا سوف نتعرض لشرحه ونرد على ما ورد عليه من اعتراضات.

قولهم " ما " اسم موصول بمعنى الذى وهو مدلول اللفظ، أى المعنى الثابت به، وتفسير " ما " فى التعريف المتقدم بأنها مصدرية، ذهب إليه ابن الحاجب، وذهب بعض الأصوليين إلى أنها واقعة على معنى.

وقد انبنى على الخلاف فى تفسير " ما " خلافهم فى كون المنطوق والمفهوم هل هما من أقسام المدلول أو من أقسام الدلالة، والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن المنطوق والمفهوم قسمان للمدلول لا للدلالة إذ هو بذلك يكون أعم فى تناول أسماء المعانى والذوات، فىكون بذلك أشمل مما لو جعل من أقسام الدلالة فإنه إذ ذاك، لا يتناول نحو زيد مما هو ذات الحكم.

(١) ينظر: تيسر التحرير - ج ١ ص ٩١، وفوتوح الرحموت - ج ١ ص ٤١٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١١٠، إرشاد الفحول للشوكاني - ص ٣٠٢، مختصر

ابن الحاجب بشرح العضد - ج ١ ص ١٧١، والمطى على جمع الجوامع - ج ١ ص ٢٣٢،

الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦٧، ومنهاج القول - ج ١ ص ٣٠٩.

قال ابن أمير الحاج: ثم كونهما من أقسام الدلالة هو الذى مشى عليه القاضى عضد الدين^(١).

و"ما" جنس فى التعريف يشمل كل مدلول للفظ سواء أكان مدلول اللفظ مطابقاً أم تضميناً أم التزاماً، كما يشتمل مدلول غير اللفظ، كطلب الشرب الذى هو مدلول الإشارة بوضع اليد على الفم خاصة، وخرج به ما ليس بمدلول.

وقولهم "فى محل النطق" قيد ثان خرج به المفهوم؛ لأنه ليس فى محل النطق وإنما فى محل السكوت.

والمراد به: المتناظر به بأن يكون حكماً لمذكور مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٌ﴾^(٢)، فإن "آف" الذى هو محل الحكم ملفوظ به فى الكلام، وحكمه التحريم لدلالة النهى على ذلك.

والمعتبر فى المنطوق ذكر محل الحكم فى الكلام سواء ذكر الحكم كالآية السابقة أم لم يذكر بأن كان الحكم معلوماً لكونه جواباً عن سؤال، بأن قال قائل لغيره مثلاً: أوجب الزكاة فى الغنم السائمة والمعلوفة، فيجيبه الممنون بقوله: فى السائمة فقط، أى تجب فى السائمة فقط، فهنا حذف الحكم لكونه معلوماً من السؤال^(٣) وعلى هذا يكون تعريف دلالة

(١) ينظر: التقرير والتحرير - ج ١ ص ١١١، شرح العضد على مختصر المنتهى - ج ٢ ص ١٧١.

(٢) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٣) ينظر: التقرير والتحرير - ج ١ ص ١١٠، ١١١.

المنطوق: هي دلالة اللفظ على المعنى فى محل النطق لا فى محل السكوت.

أورد عليه من اعتراضات والجواب عنها:

أورد الأمدى على تعريف جمهور الأصوليين لدلالة المنطوق اعتراض فقال: إن هذا التعريف غير صحيح، لأن الأحكام المضمرة فى دلالة الاقتضاء مفهومة من اللفظ فى محل النطق، ولا يقال لشئ من ذلك منطوق اللفظ فالواجب أن يقال: المنطوق ما يفهم من دلالة اللفظ قطعاً فى محل النطق^(١) وذلك كتحريم التأنيف للوالدين من قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ، وعلى هذا يكون التعريف غير مانع.

والجواب عنه:

أن الدلالة فى اللفظ المنطوق به ناشئة من وصفه للمعنى الذى دل عليه، وليست ناشئة من توقف صحته على مضمرة من الكلام كما هو الحال فى دلالة الاقتضاء^(٢).

ما يقابل دلالة المنطوق عند الأحناف:

إن دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الأحناف، وقد أشار إلى ذلك الإمام البخارى فقال: اعلم أن عامة الأصوليين من أصحاب الشافعى قسموا دلالة اللفظ إلى منطوق

(١) ينظر: الأحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٢.

(٢) ينظر: تقريرات الشرينى على جمع الجوامع ج ١ ص ٢٧٣.

ومفهوم وقالوا : دلالة المنطوق " ما دل عليه اللفظ في محل النطق"، وجعلوا ما سميناه عبارة وإشارة واقتضاء من هذا القيل^(١).

المبحث الثاني

أقسام دلالة المنطوق

تنقسم دلالة المنطوق إلى قسمين:

منطوق صريح.

منطوق غير صريح.

وسأتناول بيانهما في مطلبين .

المطلب الأول

المنطق الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه: ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشئة عن مجرد الوضع^(٢).

وعرفه الإمام الشوكاني بأنه: ما دل عليه اللفظ بالمطابقة أو التضمن^(٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١١١.

(٣) ينظر: إرشاد الفحول - ص ٣٠٢.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: ما وضع له للفظ سواء دل عليه مطابقة أو تضميناً^(١).

وعرفه الإمام البخشي بأنه : ما دل عليه اللفظ مطابقة أو تضميناً لا ما يفهم من سوق للكلام^(٢).

وهذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى، وعلى هذا يمكن تعريف المنطوق الصريح بأنه: "ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشئة عن مجرد الوضع"، فيشمل كلاماً من الدلالة المطابقة والتضمينية كدلالة لفظ إنسان على الحيوان الناطق في المطابقة أو دلالة على الحيوان فقط، أو الناطق فقط في التضمينية^(٣).

المسألة الثانية : أقسام المنطوق الصريح:

ينقسم المنطوق الصريح إلى :

٢- مركب

١- مفرد

المراد بالمفرد هنا: هو ما لا يدل جزؤه على جزء المعنى الموضوع له، وهذا صادق بصورتين:

ألا يكون له جزء أصلاً كهمزة الاستفهام إذا انفردت.

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العبد - ج ٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: شرح البخشي على منهاج البيضاوي - ج ١ ص ٣٠٨.

(٣) ينظر: تفسير التحرير - ج ١ ص ٩٢، وشرح العبد ج ٢ ص ١٧١، ومنهاج العقول ج ١

ص ٣١١، وفوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤، والتقرير والتحرير ج ١ ص ١١١.

ما له جزء ولكنه لا يدل على معنى كالزاي والباء والدال من " زيد " إذا انفرد كل حرف منها.

فإن قيل: إن من نطق بهذه الحروف يدل نطقه بها على حياة المتكلم بهذه الحروف، فيكون النطق بكل حرف منها على حدة دل على معنى، وهو أن المتكلم بها حي.

أجيب: بأن دلالتها حينئذ على حياته ليست من باب الدلالة اللفظية، بل هي من باب الدلالة العقلية، وهي خارجة عن موضوعنا.

فإن قيل: إن كلا من هذه الحروف إذا انفرد دل على عدد الحروف من حيث هو عددها

أجيب: بأنه اصطلاح لأهل العرف وليس توقفاً^(١).

والمركب: هو ما دل جزؤه على جزء المعنى الموضوع له دلالة مقصودة.

المطلب الثاني

المنطوق غير الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه : دلالة اللفظ على لازم له^(٢).

(١) ينظر : حاشية المطار على جمع الجوامع — ج ١ ص ٢٨٤.

(٢) ينظر: التقرير والتحرير ج ١، ص ١١١، أصول الفقه للشيخ محمد الخضري — ص ١٢١.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: دلالة اللفظ على ما لم يوضع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه^(١).

وعرفه الإمام الشوكاني بأنه: ما دل عليه اللفظ بالالتزام^(٢).

وعرفه ابن الهمام بأنه: دلالة اللفظ على ما يلزم^(٣).

وعرفه الإمام الأسنوي بأنه: ما دل على اللفظ التزاماً^(٤).

وباستقراء ما ورد عن العلماء في تعريف المنطوق غير الصريح نجد أن الاختلاف بينهم في تعريفه اختلاف في العبارة واللفظ دون المعنى، وعليه يمكن تعريف المنطوق غير الصريح بأنه: "ما لم يوضع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه مثاله قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥)، فإنه دل على أن نفقة الولد على الأب دون الأم، ولو نظرنا إلى لفظ اللام في الآية نجد أنه لم يوضع لإفادة هذا الحكم؛ وإنما وضع للدلالة على أن الولد ينسب لأبيه، وقد أفاد الحكم الأول بطريق الالتزام^(٦).

المسألة الثانية: أقسام المنطوق غير الصريح

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد - ج ٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول للشوكاني - ص ٣٠٢.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ج ١ ص ٥٢.

(٤) ينظر: نهاية السؤل - ج ١ ص ٣١١.

(٥) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

(٦) ينظر: أصول السرخسي ج ١ ص ٢٣٧.

قسم الجمهور^(١) المنطوق غير الصريح إلى ثلاثة أقسام:

١- دلالة الاقتضاء ٢- دلالة الإيماء ٣- دلالة الإشارة.

وجه الحصر في هذه الأقسام الثلاثة :

قال الإمام محمد بن الحسن البخشي في بيان وجه الانحصار (مع تجوز): أن المدلول عليه بالالتزام إما أن يكون مقصوداً من اللفظ بالذات، وإما أن لا يكون مقصوداً، فإن كان مقصوداً للمتكلم فذلك بحكم الاستقراء نوعان:

أحدهما: أن يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام في صحته عقلاً أو شرعاً، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة اقتضاء، أي أن اللفظ يقتضي ذلك المدلول وليس بنص صريح فيه.

وثانيهما: أن لا يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام أو صحته، فدلالة اللفظ عليه دلالة إيماء وتنبية.

وإن لم يكن المدلول عليه بالالتزام مقصوداً للمتكلم، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة^(٢).

(١) سار على هذا التقسيم من الجمهور ابن الحاجب وابن الهمام وأبو الفتوح في مختصر التحرير وشرحه، وخالفهم في هذا التقسيم بعض العلماء منهم الأمدى والغزالي، وقد ورد عليها بعض المناقشات والمآخذ، كما جمل التقسيم الراجح هو ما ذهب إليه غيرهم من العلماء. ينظر: مختصر المنتهى ج ٢ ص ٣٥٣، تيسير التحرير ج ٢ ص ٩٢، الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦٢، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٣٠٢ المتضمني ج ٢ ص ١٤٥.

(٢) ينظر: منهاج العقول - ج ١ ص ٢١١، ٢١٢.

١- دلالة الاقتضاء:

"هي دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً، وقد تقدم للمثال لها في الكلام عن دلالة الاقتضاء عند الحنفية.

٢- دلالة الإيماء^(١):

عرفها الإمام الشوكاني فقال: " دلالة الإيماء أن يقترن لللفظ بحكم لو لم يكفي للتعليل لكان بعيداً^(٢) .

وعرفها بعض العلماء بأنها: هي اقتران وصف بحكم لو لم يكن للتعليل لكان القرآن بعيداً، وهذا محله باب القياس.

مثالها:

قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾^(٣)، فقد رتب الحكم وهو القطع على الوصف وهو السرقة، فلو لم يكن للوصف هنا لتعليل الحكم لكان بعيداً، ومن الأمثلة أيضاً: ما روى أن أعرابياً جاء إلى النبي

(١) دلالة الإيماء: تسمى عند البعض " دلالة التنبيه"، ولا فرق بين التسميتين إلا أن يقال : إن الإيماء يستدعي التنبيه ويدل عليه، فيكون التنبيه محلولا عليه بالإيماء ودال السامع في نفس الوقت، ينظر: شرح العضد - ج ١ ص ١٧٢، فوائح الرخصوت ج ١ ص ٤١٢، وتيسير التحرير ج ١ ص ٩٢.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول - ص ٣٠٢.

(٣) سورة المائدة من الآية : [٣٨].

ﷺ فقال: هلكت يا رسول الله، قال: " ما أهلكك؟" فقال: وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، فقال النبى ﷺ : " أعتق رقبة"^(١).

فحكم النبى ﷺ بعتق رقبة عقب قول الأعرابى وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، يدل بطريق الإيماء أن الوقاع علة الحكم^(٢).

٣- دلالة الإشارة :

هى دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم^(٣).

وقد ذكرنا أمثلتها فى الكلام عن دلالة الإشارة عند الحنفية.

هذا وإذا دل اللفظ على المعنى بمنطوقه: فأما أن يكون المنطوق واحداً بمعنى أن اللفظ لم يستعمل إلا فى معنى واحد، وحينئذ فلا خلاف فى أن اللفظ يحمل على هذا المعنى عند الإطلاق ما دام لم يوجد من القرائن ما يمنعه من حمله عليه سواء أكان هذا المعنى شرعى أو عرفى أو لغوى.

أما إذا كان المنطوق متعدداً بمعنى أن اللفظ قد استعمل فى معان متعددة بعضها شرعى وبعضها عرفى، وبعضها لغوى وشاع استعماله

(١) رواه مسلم وأحمد. ينظر: صحيح مسلم - كتاب الصيام - حديث رقم ١١١١، ومسند أحمد حديث رقم ٧٧٢٧.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ج ١ ص ٩٢.

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦١ وما بعدها.

فى هذه المعانى، فقد اختلف العلماء فيما يحمل عليه اللفظ من هذه المعانى على أقوال أهمها ما يأتى :

القول الأول:

وهو المختار للإمام البضاوى: أن اللفظ يحمل على المعنى الشرعى، ثم المعنى العرفى ثم المعنى اللغوى؛ وذلك لأن مقصود الشارع هو بيان الشرعيات دون غيرها فيحمل اللفظ على ما يقصده الشارع منه، ولذلك حمل قول النبى ﷺ " فى الغنم السائمة زكاة" ^(١) على الزكاة الشرعية دون الزكاة اللغوية، وهى النماء، فإذا تعذر الحمل على المعنى الشرعى، حمل على المعنى العرفى، أى المتعارف عليه عند المتخاطب به، فلو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً لا يحنث، وذلك إذا كان المتعارف عليه أن المسجد لا يسمى بيتاً، فهنا لا يحمل البيت على ما يشمل المسجد بل يحمل على ما عداه، وإذا تعذر المعنى العرفى، حمل اللفظ على المعنى اللغوى تصحيحاً للكلام؛ لأن عدم حمل اللفظ عليه يجعل المتكلم به لغوياً، وهو بعيد عن العقلاء فضلاً عن الشارع الحكيم.

(١) رواه الإمام البخارى وأبو داود والنسائى والطبرانى والدارمى عن أنس وابن عمر مرفوعاً بالفاظ مختلفة ينظر: صحيح البخارى - ج ١ ص ٢٣٧، سنن أبى داود ج ٢ ص ٩٦ - حديث رقم ١٥٦٧، سنن النسائى - ج ٤ ص ٢٨، وسنن الدارمى ج ١ ص ٣٨١، وتخرج أحاديث البيهقى ص ١٣٧.

القول الثاني:

لا يحمل اللفظ على واحد من هذه المعاني، بل يكون مجملًا، ويتوقف حمله على أحدها بخصوصه حتى تقوم القرينة عليه سواء وقع اللفظ في الإثبات أو في النفي.

وجه هذا القول: أن اللفظ قد استعمل في كل منها، ولا قرينة ترجح حمله على أحدها بخصوصه دون الآخر، فكان حمله على أحدها بخصوصه ترجيحاً بلا مرجع وهو باطل^(١).

(١) ينظر: منهاج الحقول - ج ١ ص ٣٠٩، وشرح المعرى على منهاج البيضاوى - رسالة لنيل درجة للمجستير بكلية الشريعة - ١٩٩١م - ص ٢٧٢.

الفصل الثاني

في تعريف دلالة المفهوم وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : في تعريف دلالة المفهوم

المبحث الثاني : في أقسامها.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: في مفهوم الموافقة.

ويشتمل على خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريفه. المسألة الثانية: شرطه.

المسألة الثالثة: أقسامه من حيث الحكم. المسألة الرابعة: حكمه.

المسألة الخامسة: أقسامه من حيث القطع والظن بعلية الحكم.

المطلب الثاني: في مفهوم المخالفة:

ويشتمل على عشر مسائل:-

المسألة الأولى : تعريفه المسألة الثانية : حججه.

المسألة الثالثة: شروط العمل به المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل
بمفهوم المخالفة

المسألة الخامسة: أقسام مفهوم المخالفة - المسألة السادسة: مفهوم اللقب	
المسألة السابعة: مفهوم الصفة	المسألة الثامنة: مفهوم الشرط
المسألة التاسعة: مفهوم العدد	المسألة العاشرة: مفهوم للغاية

الفصل الثاني

مقالة المفهوم

المبحث الأول

تعريف المفهوم:

المفهوم في اللغة: المعلوم، وهو اسم مفعول مأخوذ من فهم بكسر الهماء بمعنى علم، والمراد به حصول المعنى في ذهن السامع^(١)، كما يطلق المفهوم على اللحن، وهو الفهم، ولهذا يقول الأصوليين في مفهوم الموافقة لحن الخطاب.

وفي اصطلاح الأصوليين: أورد لها تعريفات متعددة منها ما يأتي:-

١- عرفها ابن الحاجب بأنها: ما يدل على اللفظ لا في محل النطق أي يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله^(٢).

٢- وعرفها الإمام الشوكاني بأنها: ما يدل عليه اللفظ لا في محل النطق أي يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله^(٣).

(١) ينظر: مختار الصحاح - من ٥١٣، لسان العرب ج ٢ من ١٤١٣.

(٢) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد - ج ٢ من ١٧١.

٣- وعرفها الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى بأنها: ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق^(١).

وباستقراء ما ورد عن الأصوليين فى تعريفهم لدلالة المفهوم نجد بأنهم وإن اختلفوا فى اللفظ إلا أنهم اتفقوا فى المعنى^(٢)، وعليه يمكن تعريف دلالة المفهوم بأنها: " ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق " وهذا ما اختاره الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى وسوف تقتصر عليه فى الشرح والبيان فنقول:

شرح التعريف:

قوله " ما " اسم موصول بمعنى الذى، وهو المعنى المدلول لللفظ، وهو جنس فى التعريف يشمل كل مدلول لللفظ، ومدلول غير اللفظ كمدلول الإشارة.

وقوله " دل عليه اللفظ " قيد أول خرج به مدلول الإشارة فإنها ليست لفظا وكذا مدلولها لم يدل عليه اللفظ بل الإشارة.

(١) ينظر: إرشاد القحول - ص ٣٠٢.

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٤٨٠.

(٣) ينظر: تعريفات الأصوليين للمفهوم أيضا فى: المحلى على جمع الجوامع، وحاشية البناتى عليه ج ١ ص ٢٤٠، والمستصطفى - ج ٢ ص ١٩١، ومنهاج العقول - ج ١ ص ٣١١ - وتيسير التحرير - ج ١ ص ٩١.

وقوله " في غير محل النطق " قيد ثان خرج به المنطوق؛ لأنه في محل النطق والمراد به في غير محل التلفظ.

مثاله: تحريم ضرب الولدين وشتمهما وحبسهما، فإن الضرب والشتم والحبس لم يذكر شيئاً منها في قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ^(١)، لكن الآية دلت على تحريم الضرب والحبس والشتم لكونها أولى بالتحريم من المحل المذكور وهو التأفيف، وعلى هذا يمكن أيضاً تعريف دلالة المفهوم بأنها: دلالة اللفظ على المعنى لا في محل النطق والتلفظ بل في محل السكوت.

وتعرف هذه الدلالة بالدلالة المعنوية، كما تعرف بالدلالة الالتزامية وهي دلالة اللفظ على لازم للمعنى كدلالة لفظ إنسان على الكتابة أو الضحك ^(٢)، هذا وبعد بيان للتعريف وشرحه نذكر تنمة فنقول:-

اختلف العلماء في استفادة للحكم من المفهوم مطلقاً، هل هو بدلالة العقل من جهة التخصيص بالذكر، أم مستفاد من اللفظ على قولين ^(٣)؟
الأول: وهو ما ذهب إليه أبو المعالي في البرهان من كون استفادة الحكم من اللفظ ^(٤).

(١) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٢) ينظر: نشر البنود ج ١ ص ٩٦، الآيات البينات ج ٢ ص ١٦، حاشية البناني ج ١ ص ٢٤١ وتقاريرات الشربيني على جمع الجوامع ج ١ ص ٢٣٩.

(٣) ينظر: المحصول — ج ١ ق ٢ — ص ٦٥٤، المستصفي ج ٢ ص ٧٠.

(٤) ينظر: للبرهان — ج ١ ص ٤٤٨.

الثاني: وهو لبعض العلماء حيث ذهبوا إلى أن استفادة الحكم بدلالة العقل.

دليل أبي المعالي : هو أن اللفظ لا يدل بذاته، وإنما دلالاته بالوضع، ولا شك أن العرب لم تضع اللفظ ليدل على شيء مسكوت عنه؛ لأنه إنما يشعر به بطريق الحقيقة أو بطريقة المجاز، وليس المفهوم واحداً منهما، ولا خلاف في أن دلالاته ليست وضعية إنما هي إشارات ذهنية من باب التنبيه بشيء على شيء^(١).

(١) ينظر: المرجع السابق بنفس الصفحات، وشرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٤٨٠.

المبحث الثاني

أقسام دلالة المفهوم

قسم جمهور العلماء دلالة المفهوم إلى قسمين:

مفهوم موافقة.

مفهوم مخالفة.

وقبل بيان هذه الأقسام بالتفصيل نريد أن نشير إلى أن الإمام البيضاوي^(١) قد خالف الجمهور في هذا التقسيم، حيث جعل المنطوق مقصوراً على الصريح أما غير الصريح، وهو المنطوق الالتزامي في اللفظ أو دلالة الالتزام فقد جعله من قبيل المفهوم.

ولذلك فقد قسم الإمام البيضاوي دلالة المفهوم إلى ما يأتي:

١- دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن معنى لفظ مفرد، وتعرف هذه الدلالة بدلالة الاقتضاء.

٢- دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن لفظ مركب، وهذا ينقسم إلى قسمين؛ لأن حكم لل لازم المسكوت عنه إن كان موافقاً لحكم الملزوم المصرح به، بأن كان حكم كل منهما التندب أو الوجوب مثلاً سمي مفهوم موافقة.

(١) وكذا من هذا جنوه وسار على منواله - ينظر : منهاج العقول - ج ١ ص ٢١١.

وإن كان حكم لللازم يخالف حكم الملازم، بأن كان أحدهما واجباً والآخر محرماً سمي مفهوم مخالفة.

والآن وبعد أن بينا ما يتعلق بالتقسيم عند جمهور الأصوليين والإمام البيضاوي نعود إلى بيان الأقسام السابقة بالتفصيل فنقول:

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

المسألة الأولى: تعريفه:

هو دلالة اللفظ على إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه، أي يكون المسكوت عنه موافقاً للمذكور في الحكم نفيّاً أو إثباتاً.

وعرفه الأمدى بأنه: ما يكون مدلول اللفظ في محل السكون موافقاً لمحلولة في محل النطق^(١).

وسمى مفهوم موافقة؛ لأن المسكوت عنه وافق المنطوق به في الحكم ويسمى أيضاً بفحوى الخطاب، ولحنه — أي لحن الخطاب — فلحن الخطاب ما لاح في أثناء اللفظ، كما يسمى بالقياس الجلي.

(١) ينظر: الأحكام للآمدى ج ٣ ص ٦٢، والتمهيد للأمنوي — ص ٦٥، وتيسير التحرير — ج ١ ص ٩٤ ولللمع — ص ٢٥، وشرح العضد — ج ٢ ص ١٧٢، وروضة الناظر — ص ٢٦٣، وفواتح الرحموت ج ١ ص ٤١٤، ونشر البنود — ج ١ ص ٩٥، والبرهان — ج ١ ص ٤٩٩، والمستصفي — ج ٢ ص ١٩١، وشرح تنقيح للفصول — ص ٥٤.

وقيل بأن الفحوى ما نبه عليه باللفظ، واللحن ما يكون محالا على غير المراد فى الأصل أو الوضع^(١).

المسألة الثانية : شرطه:

يشترط للعمل بمفهوم الموافقة ما يأتى:

١- فهم المعنى من اللفظ فى محل النطق، أى أن المسكوت عنه مفهوم لغة فى الجملة من غير أن يكون موقفا على الاجتهاد.

٢- أن يفهم أن المفهوم أولى من المنطوق أو مساو له.

وممن نص على هذين الشرطين للقاضى أبو يعلى فى العدة وأبو الخطاب فى التمهيد^(٢)، وبعضهم يسمى الأولوى بفحوى الخطاب، والمساوى بلحن الخطاب.

المسألة الثالثة : أقسامه:

ينقسم مفهوم الموافقة إلى قسمين:

الأول: أولوى، وهو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به كضرب الوالدين وشتمهما وحبسهما، فإنها أولى بالتحريم من التأفيف المنطوق به فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ لكون الأذى فيها أبلغ وأشد من التأفيف.

(١) ينظر: لب القاضى للموردى - ج ١ ص ٦١٧.

(٢) ينظر: المستصفى - ج ٢ ص ١٩١، وروضة الناظر - ص ١٣٨، والآيات البينيات - ج ٢

ص ١٦، وحاشية البنا - ج ١ ص ٢٤١، والعدة - ج ١ ص ١٥٢.

الثاني: مساو، وهو ما كان الحكم في المسكوت عنه مساوياً للحكم في المنطوق به، كتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فإنه مساوٍ لتحريم أكل ماله ظلماً، والثابت بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾^(١)، إذ العلة في تحريم أكل مال اليتيم ظلماً هي إتلاف ماله وضياعه، وهذه العلة مساوية لعلة تحريم إحراق ماله أو إغراقه، فتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه للإتلاف وضياع المال، فكما يتحقق هذا بالأكل يتحقق كذلك بالإحراق أو الإغراق؛ لأن كلا من الأكل والإحراق والإغراق مضيعة للمال والمقصود به هو المحافظة على مال اليتيم^(٢)، هذا وقد يكون الحكم في المسكوت عنه أدنى من المنطوق به كدلالة قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَهْلَ الْكِتَابِ مِنْ إِين تَأْمَنَهُ بَقَنْطَارٍ يُؤَدُّ إِلَيْكَ﴾^(٣)، على تأدية ما دون القنطار، قال الأمدى: والدلالة في جميع ما تقدم لا تخرج عن أن تكون من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى وبالأعلى على الأدنى^(٤)، وزاد بعض العلماء والتنبيه على المساوى في الحكم^(٥).

(١) سورة النساء من الآية [١٠].

(٢) ينظر: جمع الجوامع — ص ٢٤١.

(٣) سورة آل عمران: آية [٧٥].

(٤) ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٦٢، والمصودة — ص ٣٤٦.

(٥) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٢ — ٣٠٣.

المسألة الرابعة: حكمه:

مفهوم الموافقة حجة، قال ابن مفلح: ذكره بعضهم إجماعاً، لتبادر فهم العقلاء إليه، واختلف النقل عن داود الظاهري^(١).

وقال الأمدى: اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهري أنه قال ليس بحجة، ودليل كونه حجة: أنه إذا قال السيد لعبده: لا تعط زيدا حبة، ولا نقل له ألف، ولا تظلمه بذرة، فإنه يتبادر إلى الفهم من ذلك امتناع إعطاء ما فوق الحبة، وامتناع الشتم والضرب، وامتناع الظلم بالدينار وما زاد... وكذا لامتناعه من أكل ما زاد على اللقمة كالرغيف، وشرب ما زاد على الجرعة^(٢).

هذا وبعد اتفاق الجمهور على حجية مفهوم الموافقة، وقع خلاف بينهم في أن مستند الحكم في محل السكوت هل هو فحوى الدلالة اللفظية أو الدلالة القياسية؟

اختلاف العلماء في ذلك على قولين:

الأول: وهو أن دلالاته لفظية أى أن مستند الحكم في محل السكوت هو فحوى الدلالة اللفظية، وهذا ما عليه الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) وبعض

(١) ينظر: المسودة - ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٣، ٦٤، وشرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٤٨٣.

(٣) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٩٤، وفتح الغفار - ج ٢ ص ٤٥، وكشف الأسرار - ج ١

ص ٧٢، وفتوح الرحموت - ج ١ ص ٤٠٨، أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤١.

(٤) ينظر: شرح المضد على مختصر ابن الحاجب - ج ٢ ص ١٧٢، ونشر البنود - ج ٢ ص ٩٦.

الشافعية ، ونص عليه الإمام أحمد بن حنبل، وحكاه ابن عقيل عن الحنابلة^(١)، كما أنه اختيار لجماعة من المتكلمين^(٢).

هذا وقد اختلف أصحاب هذا القول فيما بينهم فسي أنه: هل المسكوت عنه فهم من القرائن الخارجية والسياق أم بطريق الالتزام؟

فذهب الإمام الغزالي^(٣) والأمدى^(٤): إلى أن الصحيح أنه فهم من السياق والقرائن، والمراد بالقرائن هنا: المفيدة للدلالة على المعنى الحقيقة لا المانعة من إدارته؛ لأن قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ونحوه من مستعمل في معناه الحقيقة غايته أنه علم منه حرمة الضرب والشتم والحبس بقرائن الأحوال وسياق الكلام، واللفظ لا يصير بذلك مجاز كالتعريض.

وذهب بعض العلماء: إلى أن اللفظ حقيقة عرفية في المعنى الالتزامى الذى هو للضرب.

قال الكروانى عن هذا القول: إنه باطل؛ لأن المفردات مستعملة في معانيها اللغوية^(٥).

(١) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر — ص ٢٦٣، المسودة ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٣.

(٣) ينظر: المستصفى — ج ٢ ص ١٩٠.

(٤) ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٣ ص ٦٧.

(٥) ينظر: شرح الكوكب المنير — ج ٣ ص ٤٨٤، ٤٨٥.

الثاني:

هو أن دلالاته قياسية، وهذا ما عليه الإمام الشافعي والقفال الشاشي ونقله الهندي في النهاية عن الأكثرين^(١).

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١- قالوا إن العرب إنما وضعت هذه الألفاظ للمبالغة في التأكيد للحكم في محل السكوت، وأنها أفصح من التصريح بالحكم في محل السكوت، ولهذا فإنهم إذا قصدوا المبالغة في كون أحد الفرسين سابقاً على الآخر، قالوا هذا الفرس لا يلحق غبار هذا الفرس، وكان هذا عندهم أبلغ من قولهم هذا الفرس سابق لهذا الفرس، وكذلك إذا قالوا: فلان يأسف بشم رائحة مطبخه، فإنه أفصح عندهم وأبلغ من قولهم فلان لا يطعم ولا يسقى^(٢).

٢- قالوا أيضاً إنه يفهم لغة قبل شرع للقياس، ولا ندرج أصله في فرعته نحو لا تعطيه ذرة^(٣)، ويشارك في فهمه اللغوى وغيره بلا قرينة.

(١) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٧، وشرح العضد - ج ٢ ص ١٧٣، والمحلى على جمع

الجوامع - ج ٢ ص ٢٤٢، واللمع ص ٢٥.

(٢) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٤.

(٣) فيدل على عدم إعطاء الأكثر إذ الذرة دخله في الأكثر - ينظر: شرح العضد - ج ٢ ص

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

قالوا إنا لو قطعنا النظر عن المعنى الذى سيق له الكلام من كف الأذى عن اللوالدين وعن كونه فى الشتم والضرب أشد منه فى التأفيف، لما قضى بتحريم الشتم والضرب إجماعاً، فالتأفيف أصل ، والشتم والضرب فرع، ودفع الأذى علة والتحريم حكم، ولا معنى للقياس إلا هذا^(١).

وأجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

أن العارف باللغة يفهم من النهى عن كلمة " أف " فى الآية الكريمة مثل ما يفهم من النهى عن جميع أنواع الأذى بمجرد سماع هذه الكلمة دون حاجة إلى نظر واستنباط وتطمئن نفسه إلى أن الشارع متى نهى عن التأفيف فقد نهى عن جميع أنواع الأذى وهذا القدر كاف فى اعتبار هذه للدلالة لفظية لا قياسية.

نوع الخلاف فى هذه المسألة:

يرى بعض العلماء أن النزاع فى كون الدلالة لفظية أم قياسية نزاع لفظي؛ لأن الكل متفقون على اعتبار هذا النوع من الدلالة على الحكم سواء سموه مفهوم الموافقة أو دلالة النص.

(١) ينظر: الأحكام للامدى - ج ٣ ص ٦٤.

أما من نظر إلى أن إلحاق المسكوت بالمنطوق إلحاق فرع بأصل لا اشتراكهما في علة جامعة بينهما، اعتبروه قياساً جلياً، ومن هذا قيل الخلاف بينهما يعد لفظي، قال السعد بعد ذكر خلاف العلماء في هذا الموضوع.

والحق أن النزاع لفظي، ونقل الجلال المحلى عن الصفي الهندي أنه لا تنافي بينهما؛ لأن المفهوم مسكوت، والقياس إلحاق مسكوت بمنطوق^(١)، ولهذا جعل الإمام البيضاوي هذه الدلالة مفهوماً تارة وقياساً تارة أخرى^(٢).

المسألة الخامسة : أقسام مفهوم الموافقة:

قسم الأصوليون مفهوم الموافقة إلى قسمين:

١- قسم قطعي:

وهو ما قطع فيه بعلية الحكم في المنطوق به وفي المسكوت عنه، ومثاله ما ذكرنا من آية التأنيف حيث علمنا من سياق الآية أن حكمة تحريم التأنيف إنما هو دفع الأذى عن الوالدين، وأن الأذى في الضرب والشتم والحبس أشد.

وأيضاً من الأمثلة: ما احتج به الإمام أحمد — رحمه الله — في رهن المصحف عند الذمي بنهي النبي ﷺ عن السفر بالقرآن إلى أرض

(١) ينظر: حاشية السعد على المختصر — ج ٢ ص ١٧٣، وجمع الجوامع — ج ١ ص ٢٤٥.

(٢) ينظر: نهاية السؤل — ج ١ ص ٣١١.

العدو، مخافة أن تناله أيديهم^(١)، فهذا قاطع، قال الشيخ تقي الدين بن تيمية: لأنه إذا نهى عما قد يكون وسيلة إلى نيلهم إياه، فهو عن إنالتهم إياه أنهى وأنهى^(٢).

وقال بعض العلماء في تفسير القطعي: كون التعليل بالمعنى وكونه أشد مناسبة للفرع، وكونهما قطعتين^(٣).

٢- قسم ظني: وذلك كما في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾^(٤)، فإنه وإن دل على وجوب الكفارة في القتل العمد، لكونه أولى بالمواخذة كما يقوله الشافعي، غير أنه ليس بقطعي لإمكان أن لا تكون الكفارة في القتل الخطأ موجبة بطريق المواخذة لقوله ﷺ: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان"^(٥)، والمراد به رفع المواخذة، بل نظراً للخطأ بإيجاب ما يكفر ذنبه في تقصيره ومن ذلك سميت كفارة،

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر رضي الله عنهما، مرفوعاً ينظر: صحيح البخاري - ج ٤ ص ١٨، وصحيح مسلم - ج ٢ ص ١٤٩، وبذل المجهود - ج ١٢ ص ١١٢، وسنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٩٦١، وموطأ مالك ج ٢ ص ٤٤٦، ومسند أحمد - ج ٢ ص ٦٣.

(٢) ينظر: المسودة - ص ٣٤٧.

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٥.

(٤) سورة النساء من الآية [٩٢].

(٥) رواه ابن ماجه والحاكم وابن حبان والبراني عن ثوبان بألفاظ مختلفة - ينظر: مسنن ابن ماجه - كتاب الطلاق - حديث رقم ٢٠٤٣، وفيض القدير - ج ٤ ص ٣٤، وكشف الخفا - ج ١ ص ٤٣٣ - وتخریج لأحدث أصول للزبدی ص ٣٩.

- وجناية المتعمد فوق جناية المخطئ، وعند ذلك فلا يلزم من كون الكفارة رافعة لإثم أدنى الجنايتين أن تكون رافعة لإثم أعلاها^(١).

(١) ينظر: الإحكام للامدني - ج ٢ ص ٦٥، ٦٦.

المطلب الثاني

مفهوم المخالفة

المسألة الأولى

تعريفه

هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه^(١).

وعرفه الآمدي بأنه:

هو ما يكون مدلول اللفظ في محل المسكوت مخالفا لمدلوله في محل النطق^(٢)، وسمى مفهوم مخالفة؛ لأن حكم المسكوت عنه مخالفة لحكم المنطوق به كما يسمى دليل الخطاب، وإنما سمي بذلك لأن دلالاته من جنس دلالات الخطاب أو لأن الخطاب دال عليه، أو لمخالفته منظوم الخطاب.

مثاله: قول النبي ﷺ: "مطل الغني ظلم"^(٣)، فقد دل بمنطوقه على تحريم مطل الغني، وهو امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن مع قدرته

(١) ينظر: البرهان - ج ١ ص ٤٤٩، وفوتوح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤، والمستصفي - ج ٢ ص ١٩١، وشرح تنقيح الفصول - ص ٥٣، ومنهاج العقول - ج ١ ص ٣١٢.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدي - ج ٣ ص ٦٦.

(٣) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد - ينظر: صحيح البخاري - كتاب الحوالة حديث رقم ٢٢٨٧، وكتاب الاستقراض وأداء الديون - حديث رقم ٢٤٠٠، وصحيح مسلم - ج ٣ ص ١١٩٧، وسنن أبي داود - ج ٢ ص ٢٢٢، وتلحة الأحوذى - ج ٤

على الوفاء، ودل بمفهومه، أن مطل للفقير ليس بظلم، أى امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن ليس بظلم، لانتفاء الوصف الذى قيد حكم المنطوق به وهو الغنى.

المسألة الثانية

حجية مفهوم المخالفة

مفهوم المخالفة إما أن يكون وارداً فى كلام الناس وعبارات المؤلفين وإما أن يكون وارداً فى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، فإذا ورد مفهوم المخالفة فى كلام الناس وتصرفاتهم وسائر عباراتهم، فلا نزاع بين الأصوليين فى الاحتجاج به نزولاً على حكم العرف والعادة إذ جرت العادة على أنهم لا يقيدون كلامهم بقيد من هذه القيود إلا لفائدة، وهذه الفائدة هى ثبوت الحكم عند تحقق القيد، وانتفاؤه عند انتفائه، وإلا لكان الاتيان به عبثاً، والعبث يجب أن يمان عنه كلام العقلاء أما إذا ورد مفهوم المخالفة فى النصوص الشرعية فقد اختلف العلماء فى اعتبار مفهوم المخالفة دليلاً يحتج به على مذهبين:

الأول: وهو لجمهور الأصوليين وكثير من الفقهاء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة حجة فى دلالاته على الأحكام، وهذه الحجية تثبت لجميع أنواع مفاهيم المخالفة إلا مفهوم اللقب.

ص ٥٣٥، ومن ابن ماجه — ج ٢ ص ٨٠٢، ومسند أحمد — ج ٢ ص ٧٢، والموطأ ٤١٨،
ومنن النسائى — كتاب البيوع — حديث رقم ٤٦٩١.

الثاني: ما ذهب إليه الحنفية وبعض العلماء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة ليس حجة في كلام الشرع، وهذا المذهب حكاه أيضاً الشيخ أبو اسحاق في شرح اللمع عن القفال الشافعي وأبي حامد المروزي^(١).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

١- أن أئمة اللغة عملوا بمفهوم المخالفة، فقد جاء أن أبا عبيد القاسم بن سلام من أهل اللغة قد فهم مفهوم المخالفة من قوله ﷺ : " لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"^(٢).

٢- ما روى عن قتادة أنه قال: لما نزل قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾^(٣)، قال النبي ﷺ : " قد خيرني ربي فوالله لأزیدن على السبعين"^(٤) فقد فهم النبي ﷺ أن ما زاد على السبعين يكون له حكم مخالف للمنطوق.

(١) ينظر: إرشاد الفحول للشوكلي - ص ٣٠٣، والإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٧.

(٢) رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، ينظر: مسند الإمام أحمد - ج ٤ / ٢٢٢، وبذل المجهود - ج ١٥، ص ٣١٤، وسنن النسائي - ج ٧ ص ٢٧٨، سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨١١.

(٣) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٤) رواه الإمام البخاري والنسائي - ينظر : صحيح البخاري - ج ٦ ص ٨٦ ، وسنن النسائي - ج ٤ ص ٥٤.

٣- أن الصحابة عملوا بمفهوم المخالفة حيث اتفقوا على أن قوله ﷺ: "إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل"^(١)، ناسخ لقوله ﷺ: "الماء مسن الماء"^(٢)، ولولا أن قوله الماء من الماء يدل على نفي الغسل من غير إنزال لما كان ناسخاً له.

٤- قالوا أيضاً: إن الألفاظ كما تدل بمنطوقها ومفهومها الموافق، تدل أيضاً بمفهومها المخالف، وأن فائدة التخصيص بالذكر فى مفهوم المخالفة، إنما هى نفي مثل حكم المنطوق فى محل السكوت^(٣).

أدلة أصحاب المذهب الثانى:

استدل الأخناف ومن تبعهم على ما ذهبوا إليه بما يأتى:

أنه لو كان الحكم المستفاد من مفهوم المخالفة ثابتاً لما ثبت خلافه واللازم بطل؛ لأنه قد ثبت فعلاً خلافه كما فى قوله تعالى: ﴿إن عدة الشهور عند الله اثنتى عشر شهراً فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم ذلك الدين القيم فلا تظلموا فيهن أنفسكم﴾^(٤).

(١) رواه الترمذى - كتاب الطهارة - حديث رقم ١٠٩، سنن ابن ماجه - كتاب الطهارة - ومنها - حديث ٦٠٨.

(٢) صحيح مسلم - كتاب الحيض - حديث رقم ٣٤٣، الترمذى - كتاب الطهارة - حديث ١١٠، سنن أبي داود - كتاب الطهارة - حديث ٢١٥.

(٣) ينظر: شرح العضد على المختصر - ج ٢ ص ١٨٠، المصطفى - ج ٢ ص ٢٠٥، تيسير التحرير - ج ١ ص ١٠٠.

(٤) سورة التوبة من الآية: [٣٦].

فدل هذا النص بمنطوقه على أن الظلم حرام فى الأشهر الأربعة، فلو أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا أن الظلم مباح فى غيرها من أشهر السنة، ولو ثبت هذا ما ثبت خلافه بالفعل؛ لأن الظلم حرام فى جميع الأزمان سواء أكان فى الأشهر الأربعة أم فى غيرها.

وفى قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم ولياكم إن قتلهم كان خطئنا كبيراً ﴾ ^(١)، فهذه الآية دلت بمنطوقها الصريح على تحريم قتل الأولاد حالة الخوف من الفقر، ولو أننا أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا بجواز القتل عند انتفاء خشية الإملاق — وهو الفقر — وذلك بالغنى، ولو كان هذا ثابتاً ما ثبت خلافه لكن اللازم باطل حيث إن الحكم هو تحريم قتل الأولاد فى جميع الأحوال ^(٢).

٢- ليس مطرداً فى الأساليب العربية نفى الحكم عند نفى القيد الذى قيد به الحكم بل كثيراً ما ترد العبارة مقيدة بقيد، ويتردد السامع فى فهم حكم ما انتفى فيه القيد ويسأل المتكلم عنه، ولا ينكر عليه السؤال، فمن قال: إذا سافرت للعام الماضى غنمت لا ينكر على سامعه إذا استقهم عما إذا سافر هذا العام، وإذا كان نفى الحكم غير مقطوع به فلا يكون النص الشرعى حجة عليه؛ لأن النصوص الشرعية يجب الاحتياط فى الاحتجاج بها.

(١) سورة الإسراء آية : [٣١].

(٢) ينظر: تيسير التحرير — ج ١ ص ١٣١، والإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٦٨.

هذا وبعد بيان مذاهب العلماء في حجية مفهوم المخالفة، فنحن نرى أن مفهوم المخالفة لا يعمل به إلا إذا لم يظهر للمذكور فائدة إلا ثبوت نقيض حكم المذكور للمسكوت عنه.

تنبيه:

قال الإمام الشوكاني:

اختلف المثبتون للمفهوم في مواضع:

أحدها: هل هو حجة من حيث اللغة أو الشرع، وفي ذلك وجهان للشافعية، حكاهما الماوردي والرويانى، قال ابن السمعان: والصحيح أنه حجة من حيث اللغة وقال للفخر الرازى: لا يدل على النفي بحسب اللغة لكنه يدل عليه بحسب العرف العام، ونحو في المحصول في باب العموم أنه يدل عليه العقل.

الموضع الثانى:

اختلفوا أيضاً في تحقيق مقتضاه هل يدل على نفي الحكم عما عدا المنطوق به مطلقاً سواء كان من جنس المثبت أو لم يكن، أو تختص دلالاته بما إذا كان من جنسه فإذا قال: " فى الغنم السائمة الزكاة"^(١)، فهل نفى تزكاة عن المعلوفة مطلقاً سواء كانت من الإبل أو البقر أو الغنم أو هو مختص بالمعلوفة من الغنم، وفي ذلك وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

(١) تقدم تخريجه.

الاسفرائينى، والشيخ أبو إسحاق الشيرازى ومسلم الرازى وابن السمعانى والفخر الرازى، قال الشيخ أبو حامد : والصحيح تخصيصه بالنفى عن معلوفة الغنم فقط، قلت : هو الصواب.

الموضع الثالث:

هل المفهوم المذكور يرتقى إلى أن يكون دليلاً قاطعاً أو لا يرتقى إلى ذلك ؟ قال إمام الحرمين الجوينى: إنه يكون قاطعاً، وقيل : لا .

الموضع الرابع:

إذا دل الدليل على إخراج صورة من ضرور المفهوم ، فهل يسقط المفهوم بالكلية أو يتمسك به فى البقية، وهذا يمشى على الخلاف فى حجية العموم إذ خص .

الموضع الخامس:

هل يجب العمل به قبل البحث عما يوافقه أو يخالفه من منطوق أو مفهوم آخر، فقيل: حكمه حكم العمل بالعام قبل البحث عن المخصص، وحكى للقال الشاشى فى ذلك وجهين^(١).

هذا وقد اكتفينا فى هذه المواضع بما ورد عن الإمام الشوكانى، وذلك لما تمليه طبيعة البحث الذى نحن بصدد، حيث إن المجال لا يتسع للإطناب فيها.

(١) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٣ ، ٣٠٤.

المسألة الثالثة

شروط العمل بمفهوم المخالفة عند الجمهور

من قال بحجية مفهوم المخالفة لم يقرر هذا على الإطلاق، وإنما اشترط لصحة الاحتجاج به توافر شروط معينة بعضها راجع للمسكوت عنه، وبعضها راجع للمذكور — أى المنطوق به.

أولاً: ما يرجع للمسكوت عنه من شروط وهي كالاتي:

١- ألا تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم من المذكور أو مساواته له فى الحكم، إذ لو ظهرت فيه أولوية أو مساواة، لكان حينئذ مفهوم موافقة^(١) كتحريم الضرب أو اللشم أو الحبس الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ فلا تفل لهما أف ﴾^(٢)، والحكم هنا ثابت بدلالة النص، وكتحريم إحراق مال اليتيم الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾^(٣) فإن الحكم هنا ثابت بالقياس.

٢- أن لا يعود العمل به على الأصل — الذى هو المنطوق — بالإبطال^(٤) كحديث " لا تبع ما ليس عندك"^(٥) لا يقال مفهومه صحة

(١) ينظر: فوائح الرحموت — ج١ ص ٤١٤، شرح العصد على مختصر المنتهى — ج٢ ص ١٧٤.

(٢) سورة الإسراء من الآية : [٢٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [١٠].

(٤) ينظر: للمع — ص ٢٦.

بيع الغائب إذا كان عنده، إذ لو صح فيه لصح في المذكور، وهو الغائب الذى ليس عنده؛ لأن المعنى فى الأمرين واحد، ولم يفرق الإمام أحمد بينهما.

ثانياً: ما يرجع إلى المذكور — أى المنطوق به — من شروط:
وهى كالتى:

١- ألا يكون المذكور قد قصد به الامتتان — أى لا يكون المنطوق قد ذكر لزيادة امتتان على المسكوت عنه، — نحو قوله تعالى: ﴿ وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً ﴾ ^(١)، فهذا الوصف وهو " طريا " قصد به الامتتان، فلا يدل على منع القيد من لحم ما يؤكل مما يخرج من البحر كغيره ^(٢).

٢- أن لا يكون المنطوق قد خرج لبيان حكم حادثة اقتضت بيان الحكم فى المذكور كما روى أن النبى ﷺ مر بشاة لميمونة فقال: " دباغها طهورها " ^(٣)، ^(٤) ومن هذا أيضاً قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا الربا أضعافاً

(١) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن حكيم ابن حزم مرفوعاً، ينظر: بئذ للمجهود ج ١٥ ص ١٧٨، وسنن للنسائى ج ٧ ص ٢٥٤، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣ ومشرح السنة للبغوى ج ٨ ص ١٤٠.

(٢) سورة النحل من الآية: [١٤].

(٣) ينظر: شرح الكوكب المنير — ج ٣ ص ٤٩٣.

(٤) ينظر: تيسير التحرير — ج ١ ص ٩٩، والمطلى على جمع الجوامع وحاشية البناتى عليه — ج ١ ص ٢٤٦، ونشر البند — ج ١ ص ٩٩، ومنهاج العقول — ج ١ ص ٣١٦، والآيات المبينات ج ١ ص ٢٤، وإرشاد الفحول ص ٣٠٥.

مضاعفة ﴿^(٢)﴾، إذ لا مفهوم للأضعاف؛ لأنه جاء على النهي عما كانوا يتعاطونه بسبب الآجال، حيث كان الواحد منهم إذا حل دينه يقول للمدين إما أن تعطى وإما أن تربى، فيتضاعف بذلك أصل دينه مراراً كثيرة، فنزلت الآية لذلك.

٣- أن لا يكون المنطوق قد ذكر لتقدير جهل المخاطب به دون جهله بالمسكوت عنه، بأن يكون المخاطب يعلم حكم المعلوفة ويجهل حكم المسائمة، فيذكر له، كما لو قيل بحضرة النبي ﷺ "لزيد غنم سائمة" فقال: فى المسائمة الزكاة، إذ القصد الحكم على تلك الحادثة لا النفس عما عداها.

٤- أن لا يكون المذكور قد خرج مخرج الغالب، فإن كان كذلك فلا يعتبر مفهومه نحو قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ^(٣) فإن تقييد تحريم الربيبة بكونها فى

(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي ومسلم - ينظر: مسند أحمد - ج ٤ ص ٣٢٩، ٣٣٤، وسنن أبي داود - ج ٢ ص ٣٨٧، وسنن الترمذي ج ٧ ص ١٥٤، وصحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ٥٣.

(٢) سورة آل عمران من الآية: [١٣٠]

(٣) سورة النساء من الآية: [٢٣].

حجره - لكونه الغالب - لا يدل على حل الربيبة التمس ليس في حجره عند جماهير العلماء^(١).

٥- أن لا يكون المنطوق قد خرج مخرج تفخيم، كحديث: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"^(٢)،^(٣) فقيد الإيمان للتفخيم في الحد، وأن هذا لا يليق بمن كان مؤمناً.

٦- ألا يعارض ما هو أرجح منه، فإن عارضه دليل أقوى منه عمل به وترك كقوله تعالى: ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتكم الذين كفروا ﴾^(٤) فهذه الآية قيدت قصر الصلاة بحالة الخوف ودلت بمفهوم المخالفة على عدم قصر الصلاة في حالة الأمن إلا أن هذا المفهوم عورض بمنطوق يبين الرخصة عامة في الأمن والخوف، ويدل على ذلك ما جاء أن يعلى بن أمية توقف في هذه الآية، فسأل عمر رضي الله عنه قائلاً له كيف نقصر في حالة الأمن، والله تعالى

(١) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي - ج ١ ص ٣٧٨، وفتح القدير للشوكاني - ج ١ ص ٤٤٥، والبرهان - ج ١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير ج ١ ص ٩٩، وفوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤.

(٢) ينظر: فوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤.

(٣) أخرجه: البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ عن أم حبيبة - رضي الله عنها - مرفوعاً - ينظر: صحيح البخاري - ج ٧ ص ٧٦، صحيح مسلم - ج ٢ ص ١١٢٤، وبذل للمجهود - ج ١١ ص ٥٩، وعارضة الأموي - ج ٥ ص ١٧٢، والموطأ ج ٢ - ص ٥٩٧، ومسند النسائي - ج ٦ ص ١٦٧.

(٤) سورة النساء من الآية: [١٠١].

يقول : ﴿ وإذا ضربتم في الأرض ﴾ ، فقال عمر له : والله لقد عجبت مما عجبت منه فسألت : رسول الله ﷺ فقال : " صدقة تصدق الله بها عليكم ، فاقبلوا صدقته ^(١) ، ولا شك أن المنطوق أقوى من المفهوم فيقدم عليه ويكون حكم القصر في حالة عدم الخوف ثابتاً بالمنطوق لا بالمفهوم .

٧- ألا يكون المنطوق ذكر لرفع خوف ونحوه عن المخاطب ، كقولك لمن يخاف من ترك الصلاة الموسعة " تركها في أول الوقت جائز " ليس مفهومه عدم الجواز في باقى الوقت ، وهكذا إلى أن يتضابق الوقت ^(٢) .

هذا ما وقفنا عليه من شروط العمل بمفهوم المخالفة عند القائلين به ، ونرى أن الضابط لهذه الشروط وما فى معناها أن لا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفى الحكم عن المسكوت عنه .

(١) رواه الإمام مسلم والترمذى والنسائى وأبو داود — ينظر : صحيح مسلم — كتاب صلاة المصليين — حديث رقم ٦٨٦ ، وسنن الترمذى — كتاب تفسير القرآن — حديث رقم ٣٠٣٤ ، وسنن النسائى — كتاب قصر الصلاة فى السفر — حديث رقم ١٤٣٣ ، وسنن أبى داود — كتاب الصلاة حديث رقم ١١٩٩ .

(٢) ينظر : تفسير التحرير — ج ١ ص ٩٩ ، والآيات البيّنات — ج ٢ ص ٢٣ ، والمطلى على جمع الجوامع وحاشية البنائى عليه — ج ١ ص ٢٤٥ ، ونشر البنود — ج ١ ص ٩٨ .

المسألة الرابعة

أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة

يظهر أثر اختلاف الفقهاء في العمل بمفهوم المخالفة في بعض الفروع الفقهية والتي منها ما يأتي:

وجوب النفقة للباتن غير الحامل:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة إلى عدم وجوب النفقة لغير الحامل عملاً بمفهوم المخالفة في قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن﴾^(١).

فإن هذا النص قد دل بمنطوقه على وجوب النفقة للحامل، حيث جاء الإنفاق مشروط بكون المرأة حاملاً، فإذا انتفى هذا الشرط ثبت نقيض هذا الحكم، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

وذهب الحنفية إلى وجوب النفقة للمطلقة ثلاثاً سواء أكانت حاملاً أو غير حامل غير آخذين بمفهوم للمخالفة^(٢).

(١) سورة الطلاق من الآية: [٦].

(٢) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ١٠٠، وروضة الناظر - ٢٧٣، والتمهيد للأسنوي - ص

٢٤٨، وشرح تنقيح الفصول - ص ٢٧٠، وشرح المضد - ج ٢ ص ١٨.

إجبار الأب ابنته البكر البالغة على الزواج:

حيث ذهب الإمام الشافعي ومالك وأحمد في روايته إلى أن للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج عملاً بمفهوم المخالفة في الحديث، وهو قوله ﷺ: "النَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا"^(١).

وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج، ولم يأخذ بمفهوم المخالفة لعدم حججه عنده.

٣- جواز نكاح الأمة عند عدم طول^(٢) الحرية:

قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾^(٣).

تدل بمنطوقها على جواز نكاح الأمة عند عدم المقدرة على طول الحرية، لكن هل تدل على المنع من نكاح الأمة مع المقدرة على طول الحرية؟

ذهب الأحناف إلى جواز ذلك؛ لأنهم لم يأخذوا بمفهوم المخالفة^(٤).

(١) أخرجه الإمام مسلم والنسائي ومالك عن ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعاً - ينظر:

: صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٣٧، سنن النسائي ج ٦ ص ٧٠، والموطأ - ج ٤ ص ٥٢٤.

(٢) الطول : عدم ملك الزيادة في المال الذي به يملك نكاح الحرية، فهو الفضل والغنى، ينظر :

لمسان العرب ج ٤ ص ٢٧٢٨.

(٣) سورة النساء من الآية: [٢٣].

(٤) ينظر: الهداية - ج ١ ص ١٩٤، وبدائع الصنائع - ج ٥ ص ١٦٤.

(٢) هل الزنا يوجب حرمة المصاهرة؟

الزنا يوجب حرمة المصاهرة عند الأحناف ومن تبعهم، وعند الشافعي لا يوجبها؛ لأن حرمة الرابية بوصف أنها من نسائنا في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُم﴾^(١)،^(٢).

(٣) المرأة إذا ابتغت من كلمات اللعان ، هل تحد؟

ذهب الحنفية إلى أن المرأة لو ابتغت من كلمات اللعان لا تحد، وذلك لعدم الأخذ بمفهوم المخالفة، وذهب الشافعي إلى أنها تحد^(٣)؛ لأن درء الحد عنها مقيد بها في قوله تعالى : ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾^(٤).

المسألة الخامسة

أقسام مفهوم المخالفة

قال الأمدى: ينقسم مفهوم المخالفة عند القائلين به إلى عشرة أصناف متفاوتة في القوة والضعف^(٥)، وكذلك ورد عن الإمام الشوكاني مثل ما ورد عن الأمدى^(٦).

(١) سورة النساء من الآية : [٢٣].

(٢) ينظر: بدائع الصنائع - ج ٢ ص ٢٦٠، فتح القدير ج ٢ ص ٣٦٥، والمغنى مع الشرح الكبير - ج ٦ ص ٥٧٧، والشرح الكبير - ج ٢ ص ٣٤٧، ومغنى المحتاج - ج ٣ ص ١٧٥، والأم - ج ٥ ص ٢١٩.

(٣) ينظر: شرح الهداية - ج ٤ ص ٨٢٨.

(٤) سورة النور من الآية : [٨].

(٥) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٦.

(٦) ينظر: إرشاد الفحول ص ٣٠٦.

ونقول : إن أقسام مفهوم المخالفة باستقراء ما ورد عن الأصوليين كالآتي:

مفهوم اللقب

مفهوم الصفة.

مفهوم الشرط

مفهوم العدد.

مفهوم الغاية.

مفهوم الحصر.

مفهوم الاستثناء.

مفهوم ظرف المكان.

مفهوم ظرف الزمان.

مفهوم للحال^(١).

هذا وسوف نقصر على بيان أهم وأشهر هذه الأقسام عند الأصوليين، وهي الخمسة الأول؛ لأن الأقسام الأخرى قد تتداخل فيها، ولهذا نجد أن الإمام الشوكاني يقول في مفهوم الحال - وهو تقييد

(١) ينظر : إرشاد الفحول - ص ٣٠٦.

الخطاب بالحال — وقد عرفت أنه من جملة مفاهيم الصفة المعنوية لا النعت، وإنما أفردناه بالذكر تكميلاً للفائدة^(١) أ.هـ.

المسألة السادسة

مفهوم اللقب

ليس المراد باللقب خصوص ما اصطلاح عليه النحويون، وهو ما اشعر بمدح أو ذم ولم يصدر بأب أو أم، وإنما المراد باللقب عند الأصوليين هو : كل ما يدل على الذات سواء أكان علماً أو كنية أو لقباً، فالعلم كـ "زيد" ، والكنية كـ "أبي زيد" واللقب كـ "أنف الناقة".

أما عن تعريف مفهوم اللقب اصطلاحاً:

فهو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بالذات على ثبوت نقيض الحكم لغير هذه الذات.

حجية مفهوم اللقب:

تحرير محل النزاع: لا خلاف بين علماء الأصول فى تعليق الحكم بما يدل على الذات يدل على ثبوت الحكم لتلك الذات، فلو قلت مثلاً: "أحمد عالم" فإن تعليق العلم بأحمد يدل على ثبوت العلم لأحمد.

وإنما الخلاف بينهم فى التقييد بالذات على نفى الحكم عن غير هذه الذات فلو قلت مثلاً : "مصطفى عالم" فهل تعلق العلم بمصطفى

(١) ينظر: المرجع السابق ص ٢٠٩.

يدل على نفى العلم عما عداه كأحمد ويكر؟ كما دل ثبوته لمصطفى —
وهو ما يسمى بحجية مفهوم اللقب — أم لا يدل؟

نقول : اختلف الأصوليون في حجية مفهوم اللقب على قولين:

القول الأول: هو أن مفهوم اللقب يعتبر حجة — أى أن تعليق الحكم بما
يدل على الذات يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، كما يدل
على ثبوته للذات، وهذا قول الإمام مالك وأحمد ودาวود — رضى
الله عنهم — وأبى بكر الصيرفى والنفاق — وهما من الشافعية —
وابن خويز منذاد من المالكية وبعض الحنابلة^(١).

(١) ينظر: للبرهان — ج: ٤٥٣، والإحكام للامدى — ج ٣ ص ٨٩، وشرح تنقيح الفصول
من ٢٧١، وشرح المضد — ج ٢ ص ١٨٧، ونهية السؤل — ج ١ ص ٣١٨، وإرشاد الفحول
— ص ٣٠٨.

القول الثاني:

هو أن مفهوم اللقب ليس بحجة — أى أن تعلق الحكم بما يدل على الذات لا يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، وإنما يدل على ثبوته للذات فقط، وهو قول جمهور العلماء، كما اختاره الأمدى والبيضاوى^(١)، وقال ابن التلمسانى: لم يقل به أحد من العلماء إلا الدقاق وبعض الحنابلة^(٢).

الإلمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

بأنه لو لم يكن تعليق الحكم بالذات دالا على نفى الحكم عما عدا الذات لما ثبت الحد على المتخاصمين، إذا قال للآخر: إن أمى ليست بزانية؛ لأنه نفى الزنا عن أمه فقط، ونفى الزنا عن أمه لا يوجب حدا عليه اتفاقا، لكن قائل هذا القول يحد حد القذف، لكونه نفى الزنا عن أمه واثبته لأم ذلك الغير، وهذا قذف بالزنا وهو موجب للحد^(٣)، ولا شك أن ثبوت الزنا لأم الغير إنما جاء من جهة أن اللفظ دال على نفى الزنا عن

(١) ينظر: العدة لأبى يعلى — ج ٢ ص ٤٧٥، ونشر البنود ج ١ ص ١٠٣، وفوائح الرحموت ج ١ ص ٤٣٢، والمستصطفى — ج ٢ ص ٢٠٤، ومنهاج العقول — ج ١ ص ٣١٤، وتيسير التحرير ج ١ ص ١٠١.

(٢) ينظر: مفتاح الوصول ص ٩٧.

(٣) وهذا ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد — ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٩١.

أم القائل، وأثبتته لأم غيره، فيكون تعليق الحكم بما يدل على الذات دالا على نفي الحكم عما عدا تلك الذات وهو المطلوب.

ونوقش هذا:

بأن ذلك إنما فهم منه بقرينة حاله لا من دلالة مقالته، وتوضيح ذلك أن الحد إنما يثبت بهذا القول — أى قول القائل أُمى ليست بزانية — لوجود الخصومة بينهما، فتكون الخصومة قرينة على أن القائل قد قصد بقوله هذا التعريض بالغير وإحاقا الزنا بأمه، ولو انتفتت الخصومة بين الشخصين لم يثبت الحد بهذا القول أبدا، وبذلك ظهر أن اللفظ لم يدل باعتبار ذاته على نفي الحكم عن غير الذات، وإلا لثبت الحد مطلقا وجدت بينهما خصومة أم لم توجد، ولم يقل بذلك أحد.

وعلى هذا فقد بطل دليل الخصم، وإذا بطل الدليل بطل المدعى؛ لأنها صارت دعوى بلا دليل فلا تصح.

أدلة أصحاب القول الثاني:

بأن لو كان مفهوم اللقب حجة، وأن تعليق الحكم على اللقب يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء اللقب، للزم الكفر والكذب في قول القائل: محمد رسول الله، أو على موجود، فإنه يلزم بمفهوم اللقب أن غير محمد — ﷺ — ليس برسول؛ لأنه يثبت الرسالة لمحمد وينفيها عن غيره، وهو كذب، وأن غير على ليس بموجود وهو أيضا كفر^(١) — لوجود البارى

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى — ص ٢٦١.

سبحانه وتعالى — لكن القاتل محمد رسول الله وعلى موجود لا يكون كاذبا ولا كافرا انتفاقا، وعليه فلا يكون مفهوم اللقب حجة، ولا يدل تعلق الحكم على اللقب على نفى الحكم عند انتفاء هذا اللقب، وهو المدعى والمطلوب.

الرأى الرابع:

نرى رجحان مذهب الجمهور وذلك لقوه ما استندوا إليه من أدلة، ولردهم على أدلة أصحاب القول الأول، كما جعل دعواهم بلا دليل، وهى لا تصح.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم اللقب فى بعض الفروع الفقهية الآتية:

إذا كان للمرأة أكثر من ولى فأننت لأوليائها فى التزويج، وكان أولياؤها فى درجة واحدة، ثم خصصت واحدا منهم بالإذن فهل يصح الإذن ويجوز لكل واحد منهم أن يزوج؟

فعلى الخلاف المذكور، نقول من ذهب إلى أن مفهوم اللقب حجة قال: بأنه ليس لكل واحد من الأولياء تزويجها — بل يصح ذلك ممن خصته بالإذن؛ لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام، وأن تخصيصه بالإذن يدل على نفى الحكم هنا عداه.

ومن قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال: لكل واحد من الأولياء أن يزوج حيث إن تخصيص البعض منهم لا يدل على نفسى الإذن عما عداه، وهذا أظهر المذاهب كما قاله للرافعى؛ لأن الرضى بالتزويج محمول على الصحيح، وصحة ذلك هنا مستلزمة للإذن لكل واحد^(١).

٢- إذا قال الدائن لمدينه ابرأتك فى الدنيا دون الآخرة فهل هو برئ فيهما؟

من قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال هو برئ فيهما؛ لأن تعليق الحكم وهو البراءة وتخصيصها بكونها فى الدنيا لا يدل على نفسى الحكم عما عداه وهو حصول البراءة فى الآخرة، ولأن البراءة فى الآخرة تابعة للبراءة فى الدنيا ويلزم من وجود الملزوم وجود اللازم^(٢).

ومن قال بأن مفهوم اللقب حجة، قال هو برئ فى الدنيا دون الآخرة؛ لأن تخصيص الحكم وهو البراءة بالدنيا يدل على نفيه عما عداه، وهو حصول براءة الآخرة.

(١) ينظر: التمهيد للإسنوى - ص ٢٤٢.

(٢) ينظر: المرجع السابق - ص ٢٤٣.

المسألة السابعة

مفهوم الصفة

تعريفه:

هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بصفة على نفى الحكم عما لم توجد فيه هذه الصفة، أو هو دلالة اللفظ الموصوف بصفة على تقييد الحكمه للمسكوت عنه الذى انتفت عنه هذه الصفة.

والمراد بالصفة عند الأصوليين: تقييد لفظ مشترك للمعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانية ليس بشرط ولا غاية، ولا يريدون به النعت النحوى فقط^(١).

حجته:

تحرير محل النزاع : لا خلاف بين العلماء فى أنه إذا قيد الحكم بصفة من صفات الذات فإنه يدل على ثبوت الحكم للذات عند وجود تلك الصفة، أما إذا انتفت هذه للصفة، فهل يدل لللفظ على نفى الحكم عن الذات عند انتفاء الصفة، أم لا يدل على ذلك، ويكون نفى الحكم عند انتفاء الصفة مستفادا من النفى الأصلى والبراءة الأصلية فمثلا قوله ﷺ:

(١) ينظر: نهاية السؤل - ج ١ ص ٣١٤، واللمع للشيرازى - ص ٢٥، وشرح الكوكب المنير -

من باع نخلا مؤبراً، فثمرتها للبائع^(١)، فقد قيد الحكم فيه وهو عودة ثمر النخل المباعه للبائع بصفة، وهى كونها مؤبرة، وهذا يدل على وجوب دفع ثمرة النخل المؤبرة للبائع بإتفاق العلماء عملاً بمنطوق الحديث، أما غير المؤبرة فهل يجب دفع ثمرها للبائع أيضاً كما وجبت فى المؤبرة؟ أم لا يجب دفعها إليه عملاً بالمفهوم المخالف للصفة التى قيد الحكم بها فى الحديث؟ هذا هو محل النزاع وبيانه فيما يأتى:

حجية مفهوم الصفة:

اختلف علماء الأصول فى حجية مفهوم الصفة على قولين:

القول الأول: أن مفهوم الصفة حجة، وعليه، فتعلق الحكم على الوصف يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الوصف. وهذا هو مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعى وجمهور أصحابه، ومالك وأحمد والأشعرى وكثير من الفقهاء والمتكلمين^(٢).

(١) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى، وابن ماجه ومالك وأحمد فى مسنده عن ابن عمر ع - مرفوعاً - ، ينظر: صحيح البخارى - ج ٣ ص ٢٤٧ ، وصحيح مسلم ج ٣ ص ١١٧٣ ، وبذل المجهود ، ج ١٥ ص ١٠٠ ، وسنن الترمذى ج ٧ ص ٢٦١ ، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٦ ، والموطأ ج ٢ ص ٦١٧ ، ومسند أحمد ج ٢ ص ٢٢ ، ٦٣ .

(٢) ينظر: إرشاد القحول - ص ٣٠٦ ، ونهية المول - ج ١ ص ٣١٩ ، والمسودة ص ٣٥١ ، وروضة الناظر ص ٢٧٤ ، والإحكام للأمدى - ج ٢ ص ٨١ ، والتمهيد للإسنوى - ص ٢٤٥ ، وشرح تنقيح الفصول - ص ٢٧٠ ، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ١٧٥ ، وتيسير التحرير - ج ١ ص ١٠٠ .

القول الثاني :

إن مفهوم الصفة ليس بحجة، وعليه فتعلق الحكم على الوصف لا يدل على انتفاءه عند انتفاء هذا الوصف، وهذا هو مذهب الإمام أبو حنيفة والقاضي الباقلاني، وابن شريح والفعال الشاشي، وجمهور المعتزلة والغزالي واختاره الأمدى^(١).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

قالوا إن تخصيص الوصف بالذكر كتأثير في قوله ﷺ : " من باع نخلا مؤبدا فثمرتها للبائع" دون غيره من الأوصاف، لا بد وأن يكون له فائدة؛ لأنه إذا لم يكن له فائدة كان ذكره عبثا وترجيحا بلا مرجح وهو باطل، وقد بحثنا عن هذه الفائدة فلم نجد إلا نفى الحكم عن الذات عند انتفاء هذا الوصف؛ لأن فرض المسألة: أن الوصف لم يظهر له فائدة إلا نفى الحكم عند انتفاء الوصف، فوجب أن يكون لللفظ دالا على نفى الحكم عند انتفاء الصفة منعا من اللغو، وصونا للكلام عن العبث^(٢)، وهو المطلوب.

(١) ينظر : المحصول - ج ١ - ص ٢٠٤، والمتصفح - ج ٢ - ص ٧٠، وكشف الأسرار

على أصول اليزيدى - ج ٢ - ص ٢٥٦.

(٢) ينظر : الإحكام للأمدى - ج ٣ - ص ٦٨ وما بعدها.

ونناقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بمفهوم اللقب إذ يقال فيه: إن تخصيص الذات بالحكم لا فائدة له إلا نفى الحكم عن غير هذه الذات، فوجب أن يكون اللفظ دالا على ذلك، وإلا كان ذكره عبثا ولغوا، فيكون مفهوم اللقب حجة مع إنكم لم تقولوا بحجيبته.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم عدم الفرق بين مفهوم الصفة ومفهوم اللقب؛ لأن مفهوم الصفة ليس فيه لتخصيص الوصف بالذكر فائدة أخرى سوى انتقاء الحكم عند انتقاء الصفة، بخلاف مفهوم اللقب، فإن لتخصيصه بالذكر فائدة أخرى، هي تصحيح الكلام وتقويته؛ لأن الكلام من غير ذكر اللقب يختل ولا يفيد، فيثبت الفرق بينهما، وعليه فيبطل اعتراضكم ويثبت مدعانا لثبوت دليله وسلامته من الاعتراض.

واستدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

لو كان تعلق الحكم على الصفة يدل على انتقاء الحكم عند انتقاء الصفة لدل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ ^(١)، على جواز القتل عند انتقاء خشية الإملاق، وهو الفقر، وذلك بالغنى وذهاب الخوف من الفقر، مع أن الحكم ليس كذلك، فإن تحريم قتل الأولاد ثابت في جميع الأوقات فقتل الأولاد حرام، حالتي

(١) سورة الإسراء من الآية: [٣١].

الفقر والغنى، وإذا تخلف الحكم فى بعض صورته - كما هنا - فإن الآية لا تكون دليلاً على ذلك، فلا يكون لللفظ دالاً على نفي الحكم عند انتفاء الصفة وهو ما ندعيه ونثبتته.

ولأجيب عن هذا بما يأتى:

١- بأن هذه الآية ليست فى محل النزاع؛ لأن النزاع فيما إذا لم يظهر للتخصيص بالوصف فائدة أخرى غير انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة، وهنا قد ظهر فى الآية التى ذكرتموها فائدة أخرى للتخصيص هى بيان أن الغالب وللدائم عند العرب أنهم كانوا يقتلون أولادهم خشية الفقر، فتخصيص الوصف بالتكر هنا خرج مخرج الغالب لعادتهم ذلك والوصف إذا خرج مخرج الغالب فلا يحجج به بمفهوم المخالفة^(١).

٢- أن حرمة قتل الأولاد حالة الغنى ليست ثابتة بمفهوم المخالفة كما تقولون، بل هى ثابتة بمفهوم الموافقة وفحوى الخطاب؛ لأنه إذا لم يجز قتل الأولاد فى حالة الفقر والحاجة التى هو مظنة الإباحة، فلأن يكون قتلهم فى وقت الغنى وللميسرة غير جائز من باب أولى، وعليه فالآية ليست من مفهوم المخالفة، فيبطل قولكم بعدم حجية مفهوم الصفة لبطلان دليله، ويثبت مدعانا، وهو حجية مفهوم الصفة وهو المطلوب والمدعى.

(١) ينظر: فوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤، والبرهان - ج ١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير - ج ١ ص ٩٨٩، ومنهاج العقول - ج ١ ص ٣١٥.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط:

تعريفه: هو دلالة اللفظ للدال على حكم مطلق بشرط على نفى الحكم عما انتفى فيه هذا الشرط، أو هو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بشرط على ثبوت نقيض ذلك الحكم عند انتفاء الشرط.

والمراد بالشرط: الأدوات المخصوصة التى اعتبرها النحاة دالة على الشرطية مثل: إن وإذا وغيرهما، من أدوات الشرط المعروفة، وعليه يكون المراد بالشرط " الشرط اللغوى " لا الشرط الذى هو قسيم السبب والمانع.

مثاله: قوله تعالى: " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن " (١).

حجيته:

اتفق العلماء على ثبوت المشروط عند ثبوت الشرط، فيجب الإنفاق على المطلقة فى الآية السابقة عند وجود الحمل عملاً بدلالة المنطوق، كما اتفقوا على أن المشروط ينعدم عند انعدام الشرط فلا يجب الإنفاق على المطلقة عند عدم الحمل.

ولكن اختلفوا فى دلالة أداة الشرط وهى " إن " فى الآية على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط. هذا هو محل النزاع بين العلماء.

حجية مفهوم الشرط:

اختلف الأصوليون فى حجية مفهوم الشرط على قولين:

(١) سورة الطلاق من الآية : [٦].

القول الأول:

هو أن مفهوم للشرط حجة، فأدوات الشرط تسدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط، وعليه فتعلق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعي، وإمام الحرمين والرازي والكرخي والحسن البصري، واختاره الإمام البيضاوي وابن سريج والهراسي من أصحاب الشافعي^(١).

القول الثاني:

هو أن مفهوم الشرط ليس بحجة فأدوات الشرط لا تدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وعليه فتعلق الحكم على شرط لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وإنما انتفاء الحكم يعلم من البراءة الأصلية، وهو مذهب الحنفية والقاضي أبي بكر الباقلاني، والغزالي، والإمام مالك كما اختاره الأمدى وأبو عبد الله البصري^(٢).

ومحل الخلاف بين الطرفين، إذا لم يظهر للتقييد بالشرط فائدة أخرى غير نفى الحكم عند انتفاء الشرط، وإلا لو ظهر للشرط فائدة أخرى، فإن الأداة لا تدل إلى انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط باتفاق^(٣).

(١) ينظر: التمهيد للأمنوي - ص ٤٢٥، والمستصفي - ج ٢ ص ٢٠٥، ونهاية السؤل - ج ١

ص ٣٢٢، والمطلى على جمع الجولمع وحاشية البناني عليه - ج ٢ ص ٢٥١، وشرح العضد

- ج ٢ ص ١٨٠، وشرح تنقيح الفصول - ص ٢٧٠، والمعتمد ج ١ ص ١٥٢.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٤٥، والإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٨٣، وفواتح

الرحموت - ج ١ ص ٤٢١، والمسودة ص ٣٥٧.

(٣) ينظر: التمهيد للأمنوي - ص ٢٤٨.

الأحكمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

أولاً: استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتَكِمَ الَّذِينَ كَفَرُوا ﴾ (١).

وجه الدلالة:

أن يعلى بن أمية قد فهم من تعليق القصر على الخوف بناء على الشرط في قوله: " إِنْ خِفْتُمْ " أن القصر غير مشروع عند عدم الخوف حتى سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: ما بالنا نقصر وقد أمانا الله وقد قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ ... ﴾ الآية ، وأقره عمر على ذلك فقال: عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: " صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته " (٢).

ففهم عمر ويعلى بن أمية عدم جواز القصر حالة عدم الخوف، وإقرار النبي صلى الله عليه وسلم ما فهمها دليل على تعليق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الشرط، ولولا أن الأمر كذلك لما تبادر إليهما هذا الفهم، ولما تعجبا من جواز القصر حالة الأمن، ولما أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على تعجبه، وجعل للقصر جارياً مجرى الرخصة، فهو صدقة تصدق الله بها على المسلمين، ولو كان الأمر خلاف ذلك لبينه النبي صلى الله عليه وسلم

(١) سورة النساء من الآية: [١٠١].

(٢) تقدم تخريجه.

وقال: إن الآية ليست كما فهمها، وأن الوجهة السليمة غير الذى دعاها
إلى التعجب لكنه لم يبين ذلك، فعلمنا أن القصر يحقق عند الخوف، فإذا
انقضى الخوف انتفى القصر، فيكون مفهوم الشرط حجة وهو المطلوب.

وأجيب عن هذا:

بأنه فهم سيدنا عمر ويعلى عدم جواز القصر فى حالة الأمر.
يحتمل أن يكون مبعثه أن الأصل فى الصلاة الإتمام وعدم القصر، فلم
ورد القصر فى حالة الخوف بدليل قوله تعالى: "فليس عليكم جناح"
الآية، بقى ما عدا هذه الحالة على حكم الأصل، وهو الإتمام ولا يجوز
العدول عنه إلا بدليل، فلما لم يجدوا الدليل الذى يدل على العدول عن
الأصل وهو الإتمام إلى خلاف الأصل وهو القصر فى حالة الأمن
تعجبا، وحيث كان هذا الاحتمال قائما لم يتعين أن يكونا قد فهمنا من تعلق
الحكم على الشرط الدلالة على نفي الحكم، وهو القصر عند انتفاء الشرط
وهو الخوف، وإنما نفى القصر يستفاد من الأصل وهو الإتمام، فلم تسدل
الآية على حجيتها مفهوم الشرط وهو المطلوب.

ثانيا: قالوا لو لم يدل انتفاء الشرط على انتفاء المشروط لما كان الشرط
شرطا لكنه شرط فثبتت دعوانا على حجية مفهوم الشرط^(١).

نوقش هذا:

(١) ينظر: الإحكام للامدنى - ج ٢ ص ٨٥.

أن انتفاء الحكم وهو المشروط بانتفاء الشرط لتوقف المشروط عليه، إنما هو الشرط العقلي أو الشرعي؛ لأنه هو الواقع في الخارج، أما الشرط اللغوي: وهو أن وإذا فلا دلالة له على انتفاء المشروط، وهو انتفاء الحكم، ودعواكم في الشرط اللغوي لا الشرعي فلا تتعين " إن " للشرط لجواز استعمالها في السببية بل إن هذا الاستعمال هو الغالب.

أجيب عن ذلك:

بأن استعمال " إن " في السببية لا يخرجها عن الأصل وهي إنها شرط لغة، ولا ينفي دلالتها على عدم الحكم؛ لأن ارتباط المسبب بالسبب أقوى من ارتباط الشرط بالمشروط، فانتفاء المسبب يدل على انتفاء المسبب هذا إذا كان السبب متحدا، أما لو تعدد المسبب فانتفاء السببية مطلقا، أي جميع الأسباب يدل على انتفاء المسبب.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني للقاتلون بعدم حجية مفهوم الشرط فقالوا: لو كانت أداة الشرط تدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط لكان قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْرَهُوا قِتَالَكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾^(١) دالا على جواز الإكراه على البغاء إن لم يردن التحصن وهو انتفاء الشرط؛ لأن حرمة الإكراه معلقة على إرادة التحصن، فإذا انتفت إرادة التحصن التي هي شرط، انتفت الحرمة عملا بمفهوم الشرط،

(١) سورة التوبة من الآية: [٣٢].

وحرمة الإكراه ثابتة بالإجماع سواء أردن التحصن أو لم يردن، ففي جميع الأحوال الإكراه محرم.

الرأي الرابع:

هو القائل بأن مفهوم للشرط حجة، وهو رأى جمهور العلماء وذلك لبطلان أدلة النافين لمفهوم الشرط.

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكاني معزياً إلى إمام الحرمين ففى الرد على المانعين حيث قال: كل ما جاعوا به لا تقوم به الحجة، والأخذ به معلوم من لغة العرب والشرع فإن من قال لغيره: إن أكرمته أكرمك، ومتى أتيتني أعطيتك، ونحو ذلك فهم منه أنه لا يستحق الإكرام والإعطاء عند عدم إكرامه المتكلم ومجيئه إليه وذلك مما ينبغي أن لا يقع فيه خلاف بين كل من يفهم لغة العرب، وإنكار ذلك مكابرة، وأحسن ما يقال لمن أنكره، عليك بتعلم لغة العرب، فإن إنكارك لهذا يدل على أنك لا تعرفها^(١).

المسألة التاسعة

مفهوم العدد

تعريفه هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بعدد معين على نفى الحكم عم عداه زائداً كان أو ناقصاً أو هو ثبوت نقيض الحكم المقيد بعدد عند عدم توافر هذا العدد^(٢).

(١) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٧ — ٣٠٨.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٨.

حجته:

أولاً: تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أنه إذا ورد حكم مخصص بعدد ومقيد به كقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم﴾^(٢)، فإنه يدل على ثبوت الحكم لذلك العدد، وكذلك إذا وجدت قرينة أو دليل على حكم معين فإن ما زاد أو نقص عن العدد المخصوص المقيد به الحكم، فإنه يعمل بالدليل أو القرينة.

لكن الخلاف بينهم: فيما إذا لم تكن هناك قرينة تدل على حكم الزائد أو الناقص فهل يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً أو لا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن مفهوم العدد حجة، وعليه فتعلق الحكم بعدد معين يدل على نفيه عن غير هذا العدد زائداً كان أو ناقصاً، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الشافعي، وأحمد بن حنبل، ومالك، ودาวود الظاهري، وصاحب الهداية من الحنفية^(٣).

(١) سورة النور من الآية: [٢].

(٢) سورة التوبة من الآية: [٨٠].

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٨٨، وشرح العبد - ج ٢ ص ١٨٢، وروضة الناظر - ص ٢٧٤، والتمهيد للأسنوى - ص ٢٥٢، وفواتح الرحموت - ج ١ ص ٤٣٢.

القول الثاني:

هو أن مفهوم العدد ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم بعدد معين لا يدل على نفي الحكم عما انتفى فيه هذا العدد، وهذا مذهب الحنفية والقاضى أبو بكر البلقانى والبيضاوى.

قال الإمام الشوكانى: ومنع العمل بمفهوم العدد من منع العمل بمفهوم الصفة^(١).

الأئمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

ما روى عن النبى ﷺ أنه عند نزول قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أولا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾^(٢) قال : "خيرنى ربى لأزیدن على السبعين"^(٣).

(١) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٢٠٨، والإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٨٨، وتيسير التحرير — ج ١ ص ١٠٠، والتمهيد للأمنوى ص ٢٥٣، والمعتمد ص ١٥٧، ونشر البسود — ج ١ ص ١٠١، ونهاية الصول — ج ١ ص ٢٤٠، والإبهاج — ج ١ ص ٢٤١.

(٢) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٣) رواه البخارى والنسائى — ينظر: صحيح البخارى — ج ٦ ص ٨٦، ومسند النسائى — ج ٤ ص ٥٤.

وجه الاستدلال:

أن نفى المغفرة مشروط بالسبعين، وهو عدد معين علق عليه عدم المغفرة فيجوز أن يغفر الله لهم إذا زاد النبي ﷺ في استغفاره على السبعين، وقد فهم النبي ﷺ ذلك بدليل أنه قال: " لأزيدن على السبعين"، وحيث ثبت أن النبي ﷺ قد فهم أن حكم ما زاد على السبعين مخالف لحكم السبعين كان مفهوم العدد حجة وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل بما يأتى:

قال النافون لحجية مفهوم العدد أننا لا نسلم لكم إن ذكر السبعين فى الآية للتحديد، إنما هو للمبالغة والتكثير، فقد استعملت للتكثير فى قوله تعالى: ﴿زرعها سبعون ذراعاً﴾^(١) فقد استعمل العدد فى هذه الآية للتكثير وليس للتحديد، وعلى هذا تكون الآية التى استدلتم بها دليلاً على حجية مفهوم العدد.

وأجيب عن ذلك:

بأن الأصل فى استعمال العدد أن يكون للتحديد وليس للتكثير والمبالغة، من ذلك ما ورد فى القرآن الكريم من آيات ذكر فيها العدد للتحديد مثل آية الزنا والقذف، وأما الآية التى ذكرتموها فى المناقشة، فإنما قد جاء العدد فيها للتكثير والمبالغة بقرينة سياق الآيات السابقة لها، وعلى هذا يكون مفهوم العدد حجة وهو المطلوب^(٢).

أدلة أصحاب القول الثانى القائلين بعدم حجية مفهوم العدد:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتى:

بأن الأعداد وإن كانت مختلفة باعتبار حقيقتها إلا أن ذلك لا يوجب اختلافها فى الأحكام؛ لأن اشتراك المختلفات فى حكم واحد غير

(١) سورة الحاقة من الآية : [٣٢].

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٥٠٨، والإحكام للأمدى ج ٣ ص ٨٨، ٨٩.

ممتنع، وما دام الأمر كذلك فلا يكون تقييد الحكم بعدد موجبا لنفى الحكم عن غيره من الأعداد الزائدة أو الناقصة حتى يكون اللفظ دالا على ذلك.

الرأى الرابع فى نظرنا:

الذى نراه فى هذه المسألة أن العدد باعتبار ذاته لا يدل على حكم فى العدد الزائد ولا فى العدد الناقص، فلا مفهوم له ولا يكون حجة بهذا الاعتبار، وإنما حجته ودلالته على حكم فى الزائد أو الناقص، إنما يسأتى من القرائن الخارجية، كأن يكون العدد الذى قيد به الحكم علة ذلك الحكم، فإن ذلك يعتبر دليلا على ثبوت الحكم فى هذا العدد المذكور والعدد الزائد، ونفيه عن العدد الناقص.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم العدد فى بعض الفروع

الآتية:

١- إذا قال بع ثوبى بمائة، ولم ينهه عن الزيادة، فباع بأكثر، فعلى رأى من لا يثبت حجية العدد يصح البيع، ومن ذهب إلى القول بحجية العدد قال بعدم صحة البيع.

ونحن نرى رجحان صحة البيع؛ لأن القرائن تقضى بأن البائع من مصلحته للحصول على أعلى سعر فى البيع، فإن أذن لوكيله أن يبيع بمائة ويكون يبيعه صحيحا فمن باب أولى باع بأكثر من مائة.

٢- إذا قال أوصيت لزيد بمائة درهم، ثم قال: أوصيت له بخمسين، فوجهان أشبههما كما قال الرافعي وهو الأصح في الروضة ليس له إلا خمسون، ولا يجمع بينهما كما لو عكس، فقال: أوصيت له بخمسين، ثم أوصى بمائة، فليس له إلا الموصى به أخيراً وهو المائة، والثاني: له مائة وخمسون وتوجيهها كما ذكرناه^(١).

المسألة العاشرة

مفهوم الغاية

تعريفه:

هو دلالة اللفظ أو النص الذي قيد الحكم فيه بأداة الغاية كما إلى وحتى واللام — وعلى نقبض ذلك الحكم بعد هذه الغاية.

مثاله قوله تعالى: ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾^(٢)، وقوله ﷻ: " لا زكاة من مال حتى يحول عليه الحول "^(٣)، فإن إباحة الزوجة المطلقة مقيد بغاية وهو نكاح زوج آخر غير المطلق، وذلك منطوق الآية، ودلت بمفهومها على أن يحرم عليه الزواج بالبائن قبل تزويجها بزوج آخر، فهل يكون مفهوم الغاية " حتى " حجة، فلا تحل

(١) ينظر: المرجع السابق — ٢٥٤، ٢٥٥، والروضة للنووي — ج ٦ ص ٣١٠.

(٢) سورة البقرة: من الآية [٢٣٠].

(٣) أخرجه مالك في الموطأ والدارقطني والترمذي وأبو داود — ينظر: الموطأ — ص ٢٤٦،

وبذل المجهود ج ٨ ص ٦٥، وعارضة الأحوذى — ج ٣ ص ١٢٥، ومنن الدارقطني — ج ٢

ص ٩٠، والندرية في تخريج أحاديث الرواية — ج ١ ص ٢٤٨.

له قبل الزواج بغيره أم أنه لا يكون حجة وعليه يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى قبل الزواج بآخر؟

حجيته:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأصوليون على أن حتى العاطفة تدل على موافقة حكم ما بعدها لما قبلها؛ لأنها حرف من حروف العطف، والعطف يقتضى التشريك فى الحكم مثال ذلك: نجح الطلاب حتى محمد، فالعطف بحتى يقتضى مشاركة محمد للطلاب فى النجاح، فهذا لا خلاف فيه.

لكنهم اختلفوا فى " حتى وإلى " اللتان هما للغاية ﴿ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ ^(١) فإن هذه الآية قد دلت بمنطوقها على غسل الأيدي، وهو ما قبل " إلى " باتفاق، أما المرفق وهو ما بعد إلى ، فهل ينتفى عنها الغسل لدلالة تقييد الحكم بحرف الغاية وهو " إلى " أو يكون غسلها مسكوتاً عنه ولا يعرف إلا بدليل آخر؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال:

القول الأول:

وهو للإمام الشافعى ومن وافقه: أن تقييد الحكم بحرف من حروف الغاية كـ " إلى " أو " حتى " يدل على انتفاء الحكم فيما بعد

(١) سورة المائدة من الآية : [٦].

الغاية، لأن ذلك نقيض ما قبلها، وعلى هذا يكون مفهوم الغاية حجة مطلقاً، سواء أكان ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها من جنس كغروب الشمس، أو ليس هناك فاصل كالمرافق لعدم تميزه^(١).

القول الثاني:

لبعض الحنفية واختاره الأمدى وهو أن مفهوم الغاية لا يكون حجة مطلقاً، سواء أكانت الغاية بـ " إلى " أو " حتى " أو غيرها وسواء أكانت ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها أو ليس هناك فاصل فلا يكون مفهوم الغاية حجة بهذا الإطلاق.

وعلى هذا يكون حكم ما بعدها مسكوت عنه شأنه في ذلك شأن غيره من مفاهيم المخالفة، وحينئذ لا يعرف حكمه إلا من دليل آخر خلاف الغاية^(٢).

القول الثالث:

ذهب البعض إلى أن الغاية إن كانت من جنس ما قبلها، مثل بعثك هذا الرمان إلى هذه الشجرة، وكانت الشجرة من الرمان دخلت الغاية في

^١ ينظر: المسودة ص ٣٥٨، والمعتد ج ١ ص ١٥٦، والمستصفي — ج ٢ ص ٢٠٨.

(٢) ينظر: فرائع الرحموت — ج ١ ص ٤٣٢، والإحكام للأمدى — ج ٣ ص ٨١.

منطوق الكلام فيتناولها البيع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، وإن كانت من غير جنسه لا تدخل^(١).

القول الرابع:

إن كان ما قبل الغاية قد دخلت عليه " من " مثل : بعثك هذه القطعة من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لم يدخل ما بعدها وهو الجدار الثاني في الحكم وهو البيع، ويكون مفهوم الغاية حجة، وإن كان ما قبل الغاية لم تدخل عليه " من " ، مثل : بعثك هذه القطعة إلى هذا الجدار، دخل ما بعدها وهو الجدار في البيع، فلا يكون حجة.

القول الخامس:

يرى أن ما بعد الغاية إن كان مفصولا عما قبلها بفاصل حسي، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾^(٢)، فإن الليل مفصول عن النهار بغروب الشمس، وهو فاصل حسي مشاهد، فغروب الشمس قد فصل بين الليل والنهار، فيكون ما بعد الغاية الحكم فيه مخالفا لما قبلها، فيكون حجة.

وإن لم يكن مفصولا بفاصل حسي، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾^(٣) فإن ما بعد الغاية يدخل فيما

(١) ينظر : التمهيد للأسنوى — ص ٢٢٢.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٨٧].

(٣) سورة المائدة من الآية : [٦].

قبلها فتكون المرافق داخلة في اليد؛ لأن اليد تطلق على الذراع من الكف إلى المئبى، والمرافق غير متميزة فيجب غسلها، فلا يكون ما بعد الغاية مخالفا لما قبلها، فلا يكون حجة^(١).

القول السادس:

يرى أن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾^(٢) فالمنطوق الصريح هو عدم الحل للزوج الأول، إلا أن تنكح الزوج الثاني، والمنطوق بالإشارة يكون للمعنى لازما غير مقصود، وهذا القول ضعيف، لأن الثابت بدلالة الإشارة مفهوم وليس بمنطوق كما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي.

الأئمة

استدل المثبتون لمفهوم الغاية وأنه حجة مطلقا:

بأن الحكم قبل الغاية والمقيد بها لو كان ثابتا أيضا فيما بعد الغاية، لما كانت الغاية غاية ولما كان للحكم منتهى بها، وكان الحكم فيما بعدها موافقا لما قبلها لا مخالفا فيكون منطوقا لا مفهوما، لكنه ثبت أن الغاية غاية وأن الحكم ينتهى بها، فبطل أن يكون للحكم فيما بعد الغاية موافقا

(١) ينظر: التمهيد للأمنوى - ص ٢٢٢، وشرح العضد - ج ٢ ص ١٨١.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٠].

لما قبلها، وثبت نقيضه وهو كونه مخالفاً، فيكون مفهوم الغاية حجة، وهو المطلوب.

واستدل النافون لحجية مفهوم الغاية مطلقاً:

بأن تقييد الحكم بالغاية وانتهائوه بها لا يدل على انتفاء الحكم فيما بعد الغاية لجواز ثبوته بدليل آخر من نص أو إجماع، وإذا ثبتت الحكم فيما بعد الغاية موافقا لما قبلها بدليل آخر من نص أو إجماع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، ولا يكون الحكم بها دالاً على نفيه فيما بعدها وهو المدعى والمطلوب.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الدليل في غير محل النزاع: لأن كلامنا ليس في تقييد الحكم بحكم معين فيما بعد الغاية، أما إذا وجد دليل من نص أو إجماع على حكم معين، فإنه يعمل به بلا خلاف ولا عبرة بمفهوم الغاية.

واستدلوا ثانياً : فقلوا:

إن غسل المرافق واجب في غسل اليد الثابت غسلها بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ فلو كان ما بعد الغاية مخالفاً لما قبلها، لكان غسل المرافق غير واجب، وهذا باطل بالإجماع لأنهم متفقون على وجوب غسل المرافق، فلا يكون مفهوم الغاية حجة.

أجيب عن هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل في غير محل للنزاع، لأن وجوب غسل المرافق ثابت بفعل النبي ﷺ فقد روى عنه في صفات وضوئه، أنه توضأ وغسل مرفقيه، وهذا يحتمل أن غسل المرفقين واجب.

سلمنا لكم أن غسله ﷺ للمرفقين ضرورة للاحتياط دعت إليها ضرورة التخلص من العهدة، و " إلى " هنا ليست على حقيقتها، بل هي بمعنى " مع " فقوله تعالى : ﴿ ولديكم إلى المرافق ﴾ أى مع المرافق فيكون غسل المرافق ثابتاً بالنص.

الوجه الثاني: أن غسل المرافق واجب لتوقف العلم بغسل اليد الذي هو واجب على غسل المرافق، لأن اليد غير متميزة عن المرفق، فوجب غسل المرفق لتوقف العلم بغسل اليد عليه، فهو من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأن غسل المرافق مقممة للواجب.

واستدل أصحاب القول القائل بأن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم :

بأنه يتبادر إلى الأذهان من قوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ عدم وجوب الصوم في الليل وإياحة الإفطار فيه، وهذا غير مقصود لكنه لازم لتقييد الحكم بالغاية.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم أنه منطوق، بل هو مفهوم، ولا يلزم من تبادره إلى الأذهان أن يكون منطوقاً، فإن المفهوم قد يتبادر إلى الذهن، كما هو الحال في مفهوم الصفة كقوله ﷺ "مطل الغنى ظلم" فقد يتبادر إلى الذهن أن مطل الفقير ليس بظلم، ولم يقل أحد بأنه منطوق^(١).
والذي نرجحه من الأقوال السابقة هو القول القائل بأن مفهوم الغاية حجة مطلقاً.

بهذا نكون قد انتهينا من أقسام مفهوم المخالفة عند الجمهور مقتصرين على المشهود منها اقتضاء لما يتطلبه المقام.
والله أعلى وأعلم،،،

(١) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٨٧، وما بعدها، وإرشاد القعول ص ٣٠٨، وروضة الناظر ص ٢٧٣، والمعتمد - ج ١ ص ١٥٦، ونشر البتود - ج ١ ص ١٠١.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من هذا البحث المتواضع الذى أرجو أن أكون قد وفقت فى تحصيل مادته العلمية، فإننى فى ختام هذا العمل أسجل أهم نتائج البحث فيما يأتى:

أن التوصل إلى معرفة أحكام الله تعالى التى بها صلاح أحوال المكلفين معاشا ومعادا، لا يكون صحيحا إلا إذا روعى فيه مقتضى الأساليب فى اللغة العربية وطرق الدلالة فيها، وقد تحقق ذلك من أئمة المجتهدين من علماء الإسلام وفقهاء الشريعة، وإذا كان قد وقس بينهم خلاف فى تقسيم هذه الطرق وتوزيعها.

حيث سلك الأحناف فى استفادة الأحكام من نصوصها طرقا غير التى سلكها الجمهور، إلا أن هذا لا يدل على التعارض بل التوافق؛ لأن القواعد التى راعاها كل فريق ليست لها صبغة دينية، بل هى مستمدة من استقراء الأساليب العربية ومما قرره أئمة اللغة، والوقوف عليها بحسب الوسع والطاقة، فربما توصل مجتهد إلى استنباط حكم من الدليل عن طريق دلالة النص عليه بطريقة معينة لم يتوصل إليها غيره من المجتهدين، هذا فضلا على أنه فى الكثير والغالب نجد بأنه قد تتفق طرق دلالة الأدلة على الأحكام عند الجميع من ناحية المعنى وإن كان الخلاف فى اللفظ، ومثال ذلك ما وجدناه من تقابل فى بعض الأقسام عند العلماء،

فمثلا دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والافتضاء عند الأحناف، هذه هي أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا البحث قد حقق مقصوده ، وكشف عن موضوعه، وأن يجعل هذا خالصا لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير.

أهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: كتب السنة:

- ١- أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزي - ت ٧٥١ هـ - ط دار الجيل - بيروت.
- ٢- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني - ت ٨٥٢ هـ - ط مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٣- المستدرک على الصحيحين للحافظ محمد بن عبد الله النيسابوري - ت ٤٠٥ هـ - وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي - ط دار المعارف - بيروت.
- ٤- تخريج أحاديث البزدوى - للحافظ أبي العدل زين الدين - ت ٨٧٩ هـ - ط نور الدين محمد - كراتشي - مطبوع على هامش أصول البزدوى.
- ٥- سنن أبي داود للإمام سليمان الأصبغ - ت ٢٧٥ هـ - تحقيق محي الدين عبد الحميد - ط المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
- ٦- سنن ابن ماجه للإمام أبي عبد الله بن ماجه القزويني - ت ٢٧٥ هـ - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - ط دار الفكر - بيروت.
- ٧- سنن البيهقي للكبرى للإمام أحمد بن الحسين البيهقي - ت ٤٥٨ هـ - ط دار المعرفة - بيروت.
- ٨- سنن الترمذي للإمام أبي عيسى الترمذي - ت ؟؟؟؟ هـ - ط مصطفى الحلبي .
- ٩- سنن الترمذي للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي - ت ٢٢٥ هـ - ط دار الفكر بيروت - ط إحياء السنة النبوية.

١٠- سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي - ت ٢٠٣ هـ -
ط دار الكتب العلمية - بيروت.

١١- صحيح الإمام مسلم بشرح النووي ط الشعب ، دار القلم - بيروت.

١٢- صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري - ت ٢٥٦ هـ - ط
مطابع الشعب.

١٣- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس
للمجلوني - ت ١١٦٢ هـ - ط التراث الإسلامي - حلب.

١٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي
- ت ٨٠٧ هـ - ط منشورات دار الكتاب العربي - بيروت.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي بن محمد
الشوكاني - ت ١٢٥٠ هـ - ط للمطبعة العثمانية ، طبعة أخيرة مطبعة
حلبى.

ثالثاً: كتب الأصول ومراجع أخرى:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي
الشوكاني - ت ١٢٥٠ هـ - تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدرى - ط
مؤسسة الكتب الثقافية بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.

٢- أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى - ت ٤٩٠ هـ -
ط دار المعرفة - بيروت - سنة ١٤١٤ هـ.

٣- أصول الفقه - أ. د/ سلامة مذكور - ط دار النهضة العربية سنة
١٩٧٦ م.

٤- أصول الفقه للشيخ محمد أبى النور زهير - ط دار التأليف بالقاهرة.

- ٥- أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى - ط دار الفكر - ط ٧ سنة ١٤٠١هـ
- ٦- الإبهاج فى شرح المنهاج لابن السبكي - تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل - ط مكتبات الأزهر.
- ٧- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الأمدى - ت ٦٣١ هـ - ط مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع.
- ٨- الآيات البيّنات على شرح المحلى على جمع الجوامع - لأحمد بن قاسم العبادى المصرى - ت ٩٩٢ هـ - ط مصر سنة ١٢٨٩هـ.
- ٩- البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن يوسف الجوينى - ت ٤٧٨ هـ - ط دار الأنصار بالقاهرة.
- ١٠- التحصيل من الحاصل للأرموى - تحقيق د. عبد الحميد على أبو زنيد - ط مؤسسة الرسالة.
- ١١- التقرير والتحرير على متن التحرير لأمر الحاج - ت ٨٧٩ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٢- التوضيح لمتن التفتيح لصدر الشريعة - صبيح.
- ١٣- الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعى - ت ٢٠٤ هـ - تحقيق أحمد شاكر - ط الحلبي.
- ١٤- الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير - ط السنة المحمدية.
- ١٥- المحصول فى أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين السرازى - ت ٦٠٦ هـ - تحقيق د. / فياض - الطبعة الأولى ١٩٧٩م. - مطبوعات جامعة الإمام محمد ابن سعود.

- ١٦- المستقصى من علم الأصول لأبي حامد بن محمد الغزالي - ت ٥٠٥ هـ - للطبعة الثانية - دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٧- المسودة في أصول الفقه آل تيمية عبد السلام ابن تيمية - ٦٥٢ هـ - تحقيق محمد محي الدين - ط دار الكتاب العربي - بيروت.
- ١٨- المعتمد للإمام أبي الحسين البصري - ت ٤٣٦ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٩- المنحول للإمام محمد الغزالي - تحقيق د. / محمد علي هيتو.
- ٢٠- الوصول إلى قواعد علم الأصول للتمرثاني - رسالة محققة بكلية الشريعة د. / محمد عبد السميع فرج الله.
- ٢١- تخريج الفروع على الأصول للإمام الزنجاني - ت ٦٥٦ هـ - تحقيق د. / محمد أنيب - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ٢٢- تخريج الفروع على الأصول للإمام - ت ٧٧٢ هـ - ط مؤسسة الرسالة - تحقيق محمد حسن هيتو.
- ٢٣- تصنيف السامع شرح جمع الجوامع لابن السبكي - للإمام محمد بن بهادر الزركشي مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٧٩ أصول فقه.
- ٢٤- تقرير الشربيني على جمع الجوامع - ط دار العلوم للطباعة والنشر بقطر.
- ٢٥- تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين القرافي.
- ٢٦- تيسير الأصول للحافظ الزاهدي - ط الثانية - بيروت.
- ٢٧- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى - شرح مختصر للتحرير لكمال الدين بن الهمام - ت ٨٦١ هـ - ط مصطفى الحلبي.

- ٢٨- جمع الجوامع مع حاشية البناني لتاج الدين السبكي - ت ٧٧١ هـ - ط
مؤسسة جال العلوم للطباعة والنشر - الدوحة - قطر.
- ٢٩- روضة الناظر وجنة المناظر - ط مكة المكرمة.
- ٣٠- شرح الأسنوى للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الإسنوى - ت ٧٧٢ هـ - ط محمد علي صبيح.
- ٣١- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي - ط الثانية - ط مصطفى الحلبي.
- ٣٢- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضي عضد الملة والدين الإيجي - ت ٧٥٦ - مراجعة د./ شعبان محمد إسماعيل - ط الكليات الأزهرية - ٣٩٤ هـ .
- ٣٣- شرح اللمع لابی إسحاق الشيرازي - ت ٤٧٦ هـ - ط أولى - دار الغرب الإسلامي - بيروت.
- ٣٤- شرح مختصر الروضة تحقيق د./ عبد التركي - ط مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية.
- ٣٥- شرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور - ت ١١١٩ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - مع المستصفي .
- ٣٦- فتح الغفار بشرح المنار لابن ملك المعروف بمشكاة الأنوار في أصول الفقه لابن نجيم - ط مصطفى الحلبي.
- ٣٧- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للأخصاري - ط الثانية - دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣٨- كتاب الحدود للباقي - ط بيروت - لبنان.

٣٩- كشف الأسرار على فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين ابن عبد العزيز بن أحمد البخارى - ط دار الكتاب العربى - بيروت.

٤٠- منتهى السؤل فى علم الأصول للآمدى - ط محمد على صبيح ولولاده ، للقاهرة.

٤١- نشر البنود على مرقى السعود - لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطى المالكى - ت فى حدود ١٢٢٣ هـ - ط - فضاله بالمحمودية بالمغرب.

رابعاً : كتب الفقه:

١- البناية على الهداية - للمير غنائى.

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى - ت ٥٨٧ هـ - ط بيروت - لبنان .

٣- فتح القدير - للكمال بن الهمام.

خامساً: كتب اللغة :

٢- القاموس المحيط للفيروز أبادى - ط المطبعة الأميرية - ١٣٠١ هـ

٢- المصباح المنير للفيومى - ط بيروت - لبنان.

٣- المعجم الوسيط - ط دار المعارف.

٤- لسان العرب لابن منظور - ط دار المعارف بمصر.

٥- مختار الصحاح - ط دار المعارف بمصر.

فهرسٓ الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣٦٣	المقدمة
٣٦٥	خطة البحث
٣٧٠	تمهيد
٣٧٠	تعريف الدلالة
٣٧١	أقسامها
٣٧٨	الباب الأول
	طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف ويشتمل على خمسة فصول
٣٨٧	الفصل الأول: دلالة عبارة النص
٣٨٨	المبحث الأول: في تعريف دلالة عبارة النص
٣٩٠	المبحث الثاني: ما ثبت من أحكام بعبارة النص
٣٩٣	المبحث الثالث: حكم عبارة النص
٣٩٤	الفصل الثاني: دلالة الإشارة، ويشتمل على خمسة مباحث
٣٩٥	المبحث الأول: تعريف دلالة الإشارة
٣٩٨	المبحث الثاني: الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة
٤٠٠	المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة للنص
٤٠٥	المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة
٤١٠	المبحث الخامس: حكم دلالة الإشارة
٤١٤	الفصل الثالث: دلالة النص، ويشتمل على سبعة مباحث
٤١٥	المبحث الأول: تعريف دلالة النص
٤١٧	المبحث الثاني: الفرق بين دلالة النص والقياس
٤٢١	المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بدلالة النص ...

الصفحة	الموضوع
٤٢٣	المبحث الرابع: أقسام دلالة النص
٤٢٦	المبحث الخامس : حكم دلالة النص
٤٢٨	المبحث السادس: تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة.
٤٣٠	المبحث السابع: للفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص
٤٣٤	الفصل الرابع: دلالة الاقتضاء ، ويشتمل على خمسة مباحث
٤٣٥	المبحث الأول: تعريف دلالة الاقتضاء
٤٣٨	المبحث الثاني : الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة
٤٤٠	المبحث الثالث : أقسامها
٤٤٢	المبحث الرابع: عموم المقضى
٤٤٨	المبحث الخامس : حكم دلالة الاقتضاء
٤٥١	الفصل الخامس: أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف ...
٤٥٤	الباب الثاني
٤٥٥	طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور، ويشتمل على فصلين:
٤٥٧	الفصل الأول: دلالة المنطوق ويشتمل على مبحثين
٤٥٨	المبحث الأول : تعريف المنطوق
٤٦٢	المبحث الثاني: أقسام دلالة المنطوق ويشتمل على مطلبين
٤٦٢	المطلب الأول: المنطوق الصريح، ويشتمل على مسألتين
٤٦٤	المطلب الثاني: المنطوق غير الصريح، ويشتمل على مسألتين :
٤٦٤	المسألة الأولى: تعريفه
٤٦٥	المسألة الثانية : أقسام المنطوق غير الصريح

الصفحة	الموضوع
٤٦٧	دلالة الاقتضاء
٤٦٧	دلالة الإيماء
٤٦٨	دلالة الإشارة
٤٧١	الفصل الثاني : دلالة المفهوم ، ويشتمل على مبحثين
٤٧٢	المبحث الأول: تعريف دلالة المفهوم
٤٧٦	المبحث الثاني : أقسامها ، وفيه مطلبان :
٤٧٧	المطلب الأول: مفهوم الموافقة ، ويشتمل على خمس مسائل
٤٧٧	المسألة الأولى: تعريفه
٤٧٨	المسألة الثانية شرطه
٤٧٨	المسألة الثالثة : أقسامه من حيث الأولوية والمساواة
٤٨٠	المسألة الرابعة : حكم مفهوم الموافقة
٤٨٤	المسألة الخامسة : أقسامه من حيث القطعية والظنية
٤٨٧	المطلب الثاني : مفهوم المخالفة، ويشتمل على عشرة مسائل
٤٨٧	المسألة الأولى : تعريفه
٤٨٨	المسألة الثانية: حججه
٤٩٤	المسألة الثالثة : شروط العمل بمفهوم المخالفة
٤٩٩	المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة
٥٠١	المسألة الخامسة: أقسام مفهوم المخالفة
٥٠٣	المسألة السادسة: مفهوم اللقب
٥٠٩	المسألة السابعة: مفهوم الصفة
٥١٤	المسألة الثامنة: مفهوم الشرط

الصفحة	الموضوع
٥١٩	المسألة التاسعة: مفهوم العدد
٥٢٥	المسألة العاشرة : مفهوم الغاية
٥٣٣	خاتمة
٥٣٥	فهرس المراجع
٥٤١	فهر الموضوعات



بحث في الاستحسان عند الأصوليين دراسة وتطبيق

إعداد

الدكتور

صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أولاً المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، إياك نعبد. وإياك نستعين ، يا من هو المعبود المشكور على الحقيقة . إذ لا منعم سواه، وكل نفع يجري على يد غيره فهو الذي أجراه، وكل خير يصل إلى بعض مخلوقاته من بعض فهو الذي قدره وقضاه، فأحمده حمداً يرضاه ، وأشكره شكراً يقابل نعماءه، وإن كانت غير محصاه ، امتثالاً لأمره لا قياماً بحق شكره، فإن لسانني وجناني وأركانني لا تقوم بشكر أقل نعمة من نعمه العظيمة

والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد المبعوث إلى الأحمر من العباد والأسود. صلاةً وسلاماً يتجددان بتجدد الأوقات، ويتكرران بتكرار الآيات ، وعلى آله وصحابه الأخيار.

وبعد

فإن علم أصول الفقه علم عظم نفعه وقدره، وعلا شرفه وفخره، إذ هو منار الأحكام الشرعية، ومنار الفتاوى الفرعية التي بها صلاح المكلفين معاشاً ومعاداً، ثم إنه العمدة في الاجتهاد، وأهم ما يتوقف عليه من المواد كما نص عليه العلماء، ووصفه به الأئمة الفضلاء.

يقول الإمام الغزالي: وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه للرأي والشرع، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد وللتمسيد^(١).

هذا، وقد عقدت العزم على أن أبحث عن موضوع من موضوعات هذا الفن. لينشر في مجلة الكلية هذا العام. فوقع اختياري على موضوع " الاستحسان عند الأصوليين دراسة وتطبيق " وهذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها عند العلماء، لأن أدلة الشرع منها ما هو متفق عليه بين العلماء وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنها ما هو مختلف فيه وهي مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد للذرائع وغيرها.

هذا ولقد ترددت كلمة الاستحسان كثيراً على السنة الفقهاء، منذ عهد أبي حنيفة ومالك، بعد أن تميز القياس من بين أنواع الاجتهاد.

(١) راجع للسفني ج ١ ص ٣ ط دار الفكر

ولقد كان الأخذ بالاستحسان بعد ذلك مثاراً للخلاف بين العلماء، منهم المؤيد له فاتخذته مبدأ من مبادئ التشريع يلجأ إليه المجتهد فسي بعض الأحوال الاستثنائية، ومنهم المعارض له فجعله تشريعاً بالهوى، فأقره الحنفية والمالكية والحنابلة، واشتهر به الحنفية أكثر من غيرهم حتى عرفوا به، وأكثروا منه في فقههم، وإن كان القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة "الحكم في هذه المسألة كذا، واستحساناً كذا" أو "الحكم في المسألة كذا إلا أنا عدلنا عن القياس فيها إلى الاستحسان".

ولقد كان الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - بارعاً في الاستحسان، حتى إن تلميذه محمد بن الحسن قال عنه "إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد" (١).

وروى عبد الرحمن بن القاسم عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان (٢).

وجاء الشافعي فعد القياس وحده هو الأساس في الاجتهاد بالرأي، واستتباط الأحكام، وأنكر ما عداه، ولذلك رفض الاستحسان، إذ فهمه على أنه اجتهاد بالهوى من غير دليل، وكتب فصلاً من كتابه الأم، سماه إبطال الاستحسان، مع أنه أخذ في الواقع بالاستحسان الاصطلاحي، الذي يأخذ به باقي الأئمة، ولكنه لم يسمه استحساناً.

(١) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو رهرة ص ٣٨٧ ط دار الفكر العربي

(٢) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٩ ط دار المعرفة بيروت - لبنان.

وعسانى بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين في خدمة الشريعة
الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها من
تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونة والشمول
والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمي عند الآخرين
وأن تعود من جديد لتمد للعالم كما أمدته من قبل بأعظم ثمرة علمية
عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم على سيدنا
محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د / صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانياً خطة البحث :

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ستة مباحث وخاتمة وفهرس
لموضوعات البحث وبيانها كالتالي :

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان .

المبحث الثاني : في حجية الاستحسان .

المبحث الثالث : في تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان.

المبحث الرابع : في أنواع الاستحسان.

المبحث الخامس : في الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشبه به.

المبحث السادس : في أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان
في الفقه الإسلامي ويشتمل على المسائل الآتية :

المسألة الأولى : في شرط الخيار لغير المتعاقدين .

المسألة الثانية : قبض الهبة بغير إذن الواهب.

المسألة الثالثة : في شركة المفاوضة .

المسألة الرابعة : في إقرار الوكيل بالخصومة.

المسألة الخامسة : في ردة الزوجين معاً.

المسألة السادسة : حكم قاطع الطريق في المصر .

المسألة السابعة : الاشتراك في السرقة .

المسألة الثامنة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل.

المسألة التاسعة : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة .

المسألة العاشرة: في محاذاة الرجل المرأة في الصلاة .

المسألة الحادية عشرة : طهارة خمر الحمام والعصفورة.

المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية.

المسألة الثالثة عشرة : القبول ليس ركناً في الهبة.

المسألة الرابعة عشرة : في هبة الدين لغير المدين .

الخاتمة - ثم الفهارس .

المبحث الأول

في

تعريف الاستحسان^(١)

أولاً : تعريف الاستحسان في اللغة :

يقول صاحب المصباح^(٢) : الاستحسان من الحسن وهو عد الشيء واعتقاده حسناً^(٣).

وقال ابن منظور^(٤) في لسان للعرب: الحسن ضد القبح.

واستقبح وتقيضه تقول : استحسنت كذا أي اعتقدته حسناً، كذا أي اعتقدته قبيحاً والحسن نعت لما حُسن^(٥).

فالاستحسان في اللغة : عد الشيء حسناً مثل الاستقباح عد الشيء قبيحاً^(٦).

(١) يلاحظ في هذا البحث أنني أخرج الحديث في أول ورؤده وأترحم للعلم كذلك ولا أتعرض فيما بعد ذلك بذكر مثل القول : سبق تخريج الحديث أو سبق ترجمته بالنسبة للعلم .

(٢) هو أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي الحموي ، أبو العلم، لعوي، اشتهر بكتابه المصباح المير، ولد بالقوم بمصر ورحل إلى حماء بسورية تولى سنة ٧٧٠هـ (راجع الأعلام جـ ١ ص ٢٤٤ ط دار العلم للملايين - بيروت - لبنان) .

(٣) راجع المصباح المنير جـ ١ ص ١٣٦ ط المكتبة العلمية - بيروت لبنان، مختار الصحاح ص ١٣٦ وما بعدها - الناشر دار الحديث - القاهرة .

(٤) هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حقة بن مطور الأنصاري الأفرنجي، ولد بالقاهرة سنة ٦٣٠هـ . أجمع المترجمون له على أنه كان محدثاً فقيهاً. تولى سنة ٧١١هـ (راجع الأعلام جـ ٧ ص ١٠٨) .

(٥) راجع لسان العرب جـ ٢ ص ٨٧٩ ط دار المعرفة - بيروت - لبنان .

(٦) راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢ ط محمد علي صبيح ولولاده - مصر .

فالاستحسان : مشتق من الحسن والحسن محركه ما حسن من كل شئ والحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبها عند غيره.

وقيل الاستحسان : طلب الأحسن لاتباعه ، مثل الاستئذان طلبب الإذن للدخول^(١).

هذا وقد اتفق الأصوليون على أن الاستحسان بالمعنى السابق ليس بحجة ولا يصح أن يكون أصلا من أصول التشريع الإسلامي التي يعتد بها، لأنه قول في الدين بالهوى والتشهي دون رعاية لدليل من أدلة الشرع الثابتة ، والقول في الدين بالهوى والتشهي ممنوع إجماعا، ولا يقول به أحد.

كما اتفقوا أيضا على أن لفظ الاستحسان يجوز استعماله بلا خلاف وذلك لوروده في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وإطلاق أهل اللغة والاجتهاد.

(١) راجع ما قبل في تعريف الاستحسان في القاموس المحيط جـ ٣ ص ٢١٥ وما بعدها ط الباني الحلبي وأولاده - بمصر
المعجم الوسيط جـ ١ ص ١٧٤ باب حسن ط دار المطارف، تاج المروس جـ ١ ص ٣٠٢ ط منشورات مكتبة
المطبعة - بيروت - لبنان، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ ٤ ص ٢ وما بعدها الناشر دار الكتاب
الإسلامي، الأحكام للأمدني جـ ٤ ص ٢١١ الناشر - دار المطبوعات القفازة - أصول المرحسي جـ ٢ ص
٢٠٠ ط دار المعرفة - بيروت لبنان، غاية السؤل للإسنوي جـ ٣ ص ١٣٩ ط محمد علي صبيح وأولاده بمصر -
كشف الأسرار للسفي جـ ٢ ص ٢٩١ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

أما القرآن الكريم:

١- فقد قال الله تعالى في شأن التوراة: «وكتبنا له في الألواح من كل شيء موعظة وتفصيلاً لكل شيء فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين»^(١).

ففي الآية الكريمة. يأمر الله تعالى - موسى عليه السلام - أن يأمر قومه بأن يأخذوا بتعاليم الألواح التي أوحى الله تعالى بها إلى موسى، وأن يتمسكوا بأحسنها ، وما ذلك إلا حينما صفت قلوبهم، ونقت سريرتهم، وطهرت وجدانهم.

٢- قوله تعالى : ﴿الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب﴾^(٢).

ففي هذه الآية الكريمة . يمدح الله تعالى المؤمنين الذين يجتنبون عبادة الطاغوت ، ويستمعون لما جاء به محمد ﷺ فيلتزمون بهديه ويتمسكون بهذه التعاليم السامية وما ذلك إلا لصفاء قلوبهم ونقاء ضمائرهم .

٣- قوله تعالى : ﴿ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إنني من المسلمين﴾^(٣).

ففي هذه الآية الكريمة دعوى صريحة واستحساناً لعمل الدعوة والدعاة والمفكرين من المسلمين حيث يوجهون جهودهم إلى الله تعالى ،

(١) سورة الأعراف الآية ١٤٥

(٢) سورة الزمر الآية ١٨

(٣) سورة فصلت الآية ٣٣.

وإلى دعوته حيث نكت نفوسهم، وأغار الله تعالى بهم الأرض، لأنهم حملة لواء الإسلام الذي جاء به محمد ﷺ .

٤- قوله تعالى: ﴿الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم﴾^(١).

ففي الآية الكريمة : بين أن أحسن ما يسمع مما أنزل الله هو القرآن الكريم ، قال سعد بن أبي وقاص^(٢)، قال أصحاب رسول الله ﷺ : لو حدثنا فأنزل الله تعالى: ﴿الله نزل أحسن الحديث﴾^(٣). فقالوا: لو قصصت علينا فنزل ﴿نحن نقص عليك أحسن القصص﴾^(٤). فقالوا لو ذكرتنا فنزل ﴿ألم يأن للذين آمنوا أن تخضع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق﴾^(٥).

وأما من السنة :

فقد ورد لفظ الاستحسان في حديث رسول الله ﷺ من ذلك مايلي :

(١) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٢) هو مالك بن أنس بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة الأمر أبو إسحاق القرشي الزهري المكي أحد العشرة المشيرين بالجنة، وأحد السابقين الأولين للإسلام شهد بدرًا والخديجة توفي سنة ٥٦هـ (راجع سير أعلام النبلاء جـ ١ ص ٩٢ مؤسسة الرسالة- بيروت . لبنان، أسد الغابة جـ ٢ ص ٣٦٦ ط الشعب.

(٣) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٤) سورة يوسف من الآية ٣.

(٥) سورة الحديد من الآية ١٦.

١- قوله ﷺ "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" ^(١).

٢- قوله ﷺ - "أقربكم مني مجلسا يوم القيامة أحسنكم خلقا" ^(٢).

ففي الحديثين الشرقيين: ذكر للاستحسان والحسن ، حيث وضح وبين رسول الله - ﷺ - أن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، كما بين أن أقرب الناس منه يوم القيامة أحسنهم خلقا.

وأما إطلاق أهل اللغة والاجتهاد لفظ الاستحسان واستعماله فما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيه، وتقدير أجرته، واستحسان شرب الماء من أيدي السفاتين من غير تقدير للماء وعوضه.

(١) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک عن طريق زر بن حبیش عن عبد الله بن مسعود بنفس اللفظ وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أخرجه الزيلعي من نفس الطريق بنفس اللفظ وقال: حديث غريب ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، أخرجه الإمام أحمد في مسنده من نفس الطريق بلفظ أن رسول الله ﷺ قال "إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه سيئا فهو عند الله سيئ" (راجع المستدرک جـ ٣ ص ٧٨ وما بعدها كتاب معرفة الصحابة ط دار المعرفة - بيروت - لبنان، نصب الرتبة جـ ٤ ص ١٣٣ كتاب الإجازات - باب الإجارة الفاسدة ط دار المأمون - مصر، مسند الإمام أحمد جـ ١ ص ٣٧٩ ط دار صادر - بيروت - لبنان).

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده من طريق ثعلبة الخشني بلفظ قال رسول الله ﷺ "إن أحبكم إلى وأقربكم مني في الآخرة مماستكم أعتلاقا، وإن أبغضكم إلى وأبعدكم مني في الآخرة مساويكم أعتلاقا - الثرثارون - المتفهبون - المتشدقون" (راجع مسند أحمد جـ ١ ص ١٩٣).

وقد نقل عن الإمام الشافعي^(١): أنه قال استحسّن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً، واستحسّن ثبوت الشفعة للمفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسّن ترك شيء من نجوم الكتابة للمكاتب، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت. القياس أن تقطع يمينه، والاستحسان أن لا تقطع^(٢).

وقد نقل عن الإمام مالك^(٣) أنه قال: الاستحسان تسعة أعشار العلم، وقال أصبغ بن الفرج المالكي^(٤): الاستحسان في العلم قد يكون

(١) هو محمد بن إبراهيم بن العباس القرشي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة، ولد في سنة ١٥٠هـ بخره، وحمل معها طفلاً إلى مكة، ثم رحل إلى المدينة، من مؤلفاته، الأم في الفقه والرسالة في الأصول وغيرها توفي سنة ٢٠٤هـ (راجع شذرات الذهب ج٢، ج٩ ط دار الفكر للطباعة والنشر، طبقات الشافعية للإسنوي ج١ ص ١٨ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

(٢) راجع ما قاله الإمام الشافعي في نفائس الأصول في اختصار المحصول ج٩ ص ٤٠٢٧ الناشر مكتبة - نزار مصطفى الباز، البحر المحیط ج٨ ص ١٠٨ ط الكوي، الآيات البينات ج٤ ص ٢٦٤ وما بعدها ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الإحكام للأمندي ج٤ ص ٢١٠ وما بعدها الناشر دار الحديث - الإمام ج٣ ص ٢٠٤ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣) هو مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة، ولد بالمدينة في سنة ٩٣هـ من مؤلفاته: الموطأ، ورسالة في الرد على القدرية وغير ذلك كثير، توفي سنة ١٧٩هـ ودفن بالمدينة (راجع قدس التهذيب ج١ ص ٥ ط دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد، وفيات الأعيان ج٣ ص ٢٨٤ ط دار صادر بيروت - لبنان).

(٤) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث ولد سنة ١٥٠هـ بمصر من مصنفاته كتاب الأصول وكتاب آداب الصيام، وتفسير حديث الموطأ، توفي سنة ٢٢٥هـ بمصر (راجع شجرة النور الزكية ص ٦٦ الناشر دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الأعلام ج١ ص ٣٣٣ ط دار العلم للملايين - بيروت - لبنان).

أغلب عن القياس، وقال: إن المعروق في القياس يكاد يفارق المسنة، وإن الاستحسان عماد العلم^(١).

وأما الإمام أبو حنيفة^(٢) فقد حمل لواء الاستحسان. فقد نقل عنه أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال: استحسنت لم يلحق به أحد فيزعمون له^(٣).

وقال الإمام أحمد^(٤) في التيمم: استحسنت أن يتيمم لكل صلاة، والقياس أنه بمنزلة الماء، يصلى به حتى يحدث أو يجد الماء، وقال فيمن غصب أرضاً فزرعها: الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة، وهذا لا يوافق القياس، ولكن استحسنت أن يدفع إليه نفقته. وقال: يجوز شراء أرض السواد ولا يجوز بيعها، فقيل له كيف يشتري ممن لا يملك؟ فقال: القياس كما تقول ولكن هو استحسان^(٥).

(١) راجع أقوال المالكية في الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٩ وما بعدها ط دار المعرفة بيروت لبنان، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧، الاختصاص جـ ٢ ص ١٣٨ ط دار الفكر.

(٢) هو النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي، ولد سنة ٨٠هـ وكان عززاً يبيع الخبز وجده زوطى من أهل قنبل، وأدرك أبو حنيفة جماعة من الصحابة منهم أنس بن مالك، قال عنه الشافعي أنس في الفقه حلال على أبي حنيفة توفي سنة ١٥٠هـ (راجع وفيات الأعيان جـ ٥ ص ٤٠٥، تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ١٦ ط دار الفكر العربي - بيروت - لبنان).

(٣) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧.

(٤) هو أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني القشيري إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة، وكان أبوه والي سرخس، ونشأ متكباً على العلم، وسافر في سبيله إلى كثير من البلدان الإسلامية، من مؤلفاته مستد في الحديث، وكتاب في النسخ والنسوخ وغيرهما كثير، توفي سنة ٢٤١هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٢ ص ٩٢، الأعلام جـ ١ ص ١٩٢).

(٥) راجع أقوال الإمام أحمد في شرح الكوكب المنير جـ ٤ ص ٤٢٩ ط جامعة الملك عبد العزيز، للسودة ص ٤٥٢ ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

مما سبق يتبين لنا أنه لا خلاف في استعمال لفظ الاستحسان، إذا
الجميع متفق على استعماله، وإنما الخلاف واقع في معنى لفظ الاستحسان
وما يؤدي إليه^(١).

وميلاتي بعد قليل بيان حقيقة الاستحسان عند تعريفه في
الاصطلاح.

ثانياً: تعريف الاستحسان في الاصطلاح:

لقد اختلف العلماء في تعريف الاستحسان: ونحن بدورنا نذكر هذه
التعاريف موضحين من لم يأخذ بالاستحسان، ومن أخذ وعمل به كحجة
ودليل من الأدلة الشرعية .

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية

١- تعريف الاستحسان عند المتقدمين:

لم يؤثر عن أبي حنيفة وأصحابه أن عرفوا الاستحسان، أو
ضبطوه، أو بينوا أنواعه، ذلك لأن معناه كان معروفا بينهم، ولم يكن أبو

(١) راجع استعمال لفظ الاستحسان في الأحكام الأدي جـ٤ ص ٢١٠ وما بعدها ، نفائس الأصول في شرح
المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧ ، غاية السؤل جـ٣ ص ١٣٩ وما بعدها ط محمد علي صبيح وأولاده عصر،
الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩ ، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨ ، شرح الكوكب المنور جـ٤ ص ٤٢٩ ، الأحكام لابن
حزم جـ٦ ص ٧٥٧ وما بعدها ، ط المعاصرة حسين حجازي، كشف الأسرار على أصول الزيدوي جـ٤ ص
١٣ ، التلويح مع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط صبيح بالقاهرة ، تفسير القرطبي جـ١٥ ص ٢٤٨ - الناشر دار
الكتاب العربي - القاهرة ، أصول الفقه للدكتور / محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨ وما بعدها ط دار الطباعة
المحمدية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٢٤ وما بعدها الناشر دار المسلم، الأدلة
المختلف فيها الدكتور / محمد السعيد غني عد .ه ص ٥٣ وما بعدها .

حنيفة قد وضع أصول فقهه، وإنما نسب للاستحسان الذي كان يقول به معنيان:

أ- الأول: وهو لبعض الأصوليين من أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: هو دليل ينفذ في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه^(١).

وهذا المعنى للاستحسان. متردد بين القبول والرد، وذلك لتردد معنى الإنقذاح بين الشك والوهم، أو الثبوت واليقين، فإن كان الإنقذاح ناشئاً عن وهم وخيال فهذا لا جدال في بطلانه، أما إن كان المجتهد متبناً ومتيقناً مما أنفذ في ذهنه من دليل ومطمئناً إليه فلا شك أنه يلزمه العمل بما اقتضاه الدليل في حق نفسه ومن قلده، ولا بد أن يكون الدليل معتمداً به شرعاً، لكن لا يستطيع إلزام الآخرين به، أو للجدال عنه ما لم يكشف عن ماهيته، لأن ما لا يقدر المجتهد على التعبير عنه لا يدري وهم هو أم دليل مقبول شرعاً.

وقد اختلف العلماء في قبول هذا التعريف أو رده تبعاً للمعنى الذي فسروا به الإنقذاح فمن رآه أنه شك ووهم رده، ومن فسره بالاتضاح والظهور قبله.

فإذا فسر الإنقذاح بالظهور والاتضاح يكون معنى التعريف أن الاستحسان هو الدليل على حكم شرعي استقر في نفس المجتهد بعد تمعن وتدبر حتى ثبت عنده وتحقق منه، وإن لم يستطع التعبير عنه.

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣، روضة الناظر وشرحها جـ ١ ص ٤٠٧ وما بعدها الناشر - مكتبة الكليات الأزهرية، السودة ص ٤٥٢، الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢٢٠، يرشاد الفحول ص ٢٤١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، شرح الكوكب المنير جـ ٤ ص ٣٤٠

ونحن نؤيد المعنى الثاني للانتداح ، وهو الظهور والاتضح ، فمن المعلوم أن المتبادر إلى الذهن من اللفظ يكون حقيقة فيه ، ولذلك قال الطمء : للتبادر أمارة الحقيقة ، وأن المتبادر من الانتداح هو الظهور والاتضح لا الشك والوهم إذ من المستبعد أن يقول المجتهد بحكم شرعي إلا إذا تحقق وثبت من دليل الحكم ، نظراً لأمانته ونقواه وورعه ومنزلته في العلم ، وأما كون المعنى بحيث لا يستطيع المجتهد التعبير عنه هنا ، فهو أن المعاني التي تختلف فيها الأنظار ويقع فيها التعارض بين الأدلة كما هو حاصل في كثير من مسائل الاستحسان ، وقد لاتصل من الوضوح إلى حد تنطلق بالتعبير عنه بومع ذلك يكون المجتهد متحققاً ومتيقناً منه^(١)

وقد رد الغزالي^(٢) هذا التعريف فقال : وهذا هوس لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق ، ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصحيح الأدلة أو ترفيقه ، أما الحكم بما لا يدري ما هو ، فمن أين يعلم جوازه . أبضرورة العقل ، أو بسمع متواتر ، أو أخاد ؟ ولا وجه لدعوى شيء من ذلك كيف ، وقد قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة على زنا شخص لكن عين كل واحد منهم زاوية من زوايا البيت وقال زنا ، فالقياس أن لا حد عليه ، لكننا نستحسن حده . فيقال له لم يستحسن

(١) راجع الأحكام للأدي ٢٠١ ص ٢١١ ، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ٢٠٨ ص ٢٨٨ ، حاشية البنان

ج ٤ ص ٣٥٣ ، الإيهام ج ٣ ص ٢٠١ ، روضة الناظر ج ١ ص ٤٠٧ ، الأمانات ج ٤ ص ٢٦٤ ط

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، البحر المحيط ج ١ ص ١٠٣

(٢) هو حجة الإسلام محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي الشافعي المولود بمدينة طوس من أعمال خراسان سنة

٤٥٠ هـ ، ونسب في كثير من العلوم الشرعية والفنية والتصوف له مائة كتاب ومقالة ، ورسالة توفي سنة ٥٠٥ هـ

راجع الأعلام ج ٧ ص ٢٤٧ ، شذرات الذهب ج ٤ ص ١٠

سفك دم مسلم من غير حجة إذ لم تجتمع شهادة الأربعة على زنا واحد وغايته أن يقول تكذيب المسلمين قبيح وتصديقهم وهم عدول حسن فنصدقهم ونقدر دورانه في زنية واحدة على جميع الزوايا بخلاف ما لو شهدوا في أربع بيوت فإن تقدير التراخف بعيد. وهذا هوس لا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه كما لو شهد ثلاثة، وكما لو شهدوا في دور، ونقرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرء الحد بالشبهة أحسن. كيف وإن كان هذا دليلاً فلا ننكر الحكم بالدليل، ولكن ينبغي أن نسمي بعض الأدلة استحساناً^(١).

وقال الأمدي^(٢) عن هذا التعريف : والوجه في الكلام عليه أنه إن تردد فيه بين أن يكون دليلاً محققاً، وهماً فاسداً . فلا خلاف في امتناع التمسك به، وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية، فلا نزاع في جواز التمسك به أيضاً، وإن كان في غاية البعد، وإنما النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون إمكان التعبير عنه^(٣).

(١) راجع قول الإمام الغزالي في المستصفى جـ ١ ص ٢٨١ ط دار الفكر، المنحول ص ٤٧٧ ط دار الفكر - بيروت -

لبنان، مدائع المصالح جـ ٧ ص ٤٩ ط دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.

(٢) هو علي بن أبي بن محمد بن سالم التلعلي الفقيه الأصولي سيف الدين الأمدي ولد سنة ٥٥١هـ بآمد وقدم بغداد

وفراً القرايات وتفنن في قراءة العقليات، صنف في أصول الفقه، والمطلق، والحكم، والخلاف توفي سنة ٦٣١هـ -

راجع وفيات الأعيان جـ ٣ ص ٢٩٣، الفتح المبين جـ ٢ ص ٨٤، شذرات الذهب جـ ٤ ص ١٤٤

(٣) راجع الإحكام للأمدي جـ ٤ ص ٢١١

وقال البيضاوي^(١): إنهم إن أرادوا بقولهم " ينقذح في نفس المجتهد " أنه يشك فيه- فهو مردود كما هو ظاهر، وإن أرادوا به أنه يثق صحته فهو صحيح يجب عليه أن يعمل به^(٢) أم.

وبعد ذكر أقوال العلماء عن هذا التعريف للاستحسان أرى أن هذا التعريف لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع ، لأن المجتهد إن قطع بما وقع في ذهنه فلا خلاف في أنه يصح الاعتماد عليه في استنباط الحكم، ويكون حجة عنده في إثبات الأحكام، وإن لم يقطع بما وقع في ذهنه بأن شك أو توهم فلا خلاف في أنه لا يصح له الاعتماد على ذلك في استنباط الأحكام.

الثاني: عرفه الكرخي^(٣) من الحنفية : بأنه للعدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

ومعنى هذا . أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في مسألة بحكم مماثل لحكم نظائرها، إلى حكم آخر يخالف حكم نظائرها لوجود دليل أقوى من الدليل الذي يقتضي مساواتها بنظائرها.

(١) هو القاضي ناصر الدين أبو الحارث عبد الله بن محمد بن علي قاضي القضاة البيضاوي نسبة إلى البيضاء بلاد فارس، من تصانيفه الطوابع، والتهاج، تولى سنة ٦٩١هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٥ ص ٣٩٢ ، البداية والنهاية جـ ١٣ ص ٣٠٩ ، الفتح المبين جـ ٢ ص ٨٨).

(٢) راجع الإبهاج جـ ٣ ص ٢٠١ ، نهاية السؤل جـ ٣ ص ١٤٠ ، أصول الفقه للدكتور / زهير جـ ٤ ص ١٩٠ (٣) هو عبيد الله بن الحسين الكرخي فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق مولده بالكرك وهو قرية من قرى بغداد، له رسالة في الأصول التي عليها مدار الحنفية ، وشرح الجامع الكبير. تولى سنة ٣٤٠هـ (راجع الأعلام جـ ٤ ص ١٩٣ ، الفوائد البهية ص ١٠٨ ط دار المعرفة - بيروت - لبنان).

مثال ذلك : قول القائل لله على أن أتصدق بمالي، أو مالي صدقة فإن المال هنا مفرد مضاف فيعم جميع أنواع الأموال سواء أكانت من أموال الزكاة أو من غيرها ومقتضى العموم هو وجوب التصديق بجميع ما يملكه من مال، إلا أن هناك دليلاً آخر منع من العمل بمقتضى هذا العموم وهو قوله تعالى : ﴿ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم والله سميع عليم ﴾^(١).

فإن المراد من الأموال في الآية الكريمة أموال الزكاة إجماعاً - فليكن كذلك في قول القائل " مالي صدقة " والجامع بين الأمرين إضافة الصدقة إلى المال في الموضعين .

فأنواع المال نظائر تتدرج تحت جنس المال، وقد أخرج بعضها، وهي الأموال التي لا تجب فيها الزكاة فحكم لها بحكم يخالف حكم نظائرها ، وهو عدم وجوب التصديق بها، بعكس نظائرها فقد حكم فيها بوجوب التصديق بها في النذر، والدليل الذي أدى إلى الحكم فيها بخلاف نظائرها هو الآية المتقدمة : وهو أقوى من الدليل الذي اقتضى مساواتها لنظائرها في الحكم ، والدال على وجوب الوفاء بالنذر مثل قوله تعالى : ﴿ ثم ليقتضوا ثقتهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾^(٢) ولعموم قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(٣) . ولأن الله تعالى مدح به فقال تعالى : ﴿ يوفون بالنذر ﴾^(٤) . وأخير بوقوع العقاب بنقيضه

(١) سورة التوبة الآية ١٠٣

(٢) سورة الماعن الآية ٢٩

(٣) سورة المائدة من الآية ١

(٤) سورة الإنسان من الآية ٧

فقال تعالى: ﴿ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون﴾^(١).

ولأن الإجماع منعقد على وجوب الوفاء بالنذر^(٢). فهذا التعريف وإن بين صورة الاستحسان عند الحنفية. من أنه إخراج صورة عن حكم نظرئها إلى حكم آخر لمقتضى، لكن يترتب على الأخذ به أن يكون العنول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحساناً، وليس باستحسان عندهم^(٣).

وقد يجاب بأن الذي يعنينا ليس مطلق العدول، بل العدول عن حكم القاعدة للعامة وسنن القياس في مسألة ما إلى دليل آخر، على أن الاستحسان بهذا المعنى الذي ذهب إليه الكرخي ما هو إلا دليل خاص من كتاب أو سنة، أو غيرهما عارض لدليلاً عاماً وخصمه وليس دليلاً جديداً، ولا نزاع في تخصيص العام بالخاص، إذا صح الخاص، وهذا غير متنازع فيه بل هو محل اتفاق^(٤).

(١) سورة التوبة الآيات (٧٥، ٧٦، ٧٧).

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ ٤ ص ٣ الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢١٢، التلويح جـ ٢ ص ١٦٢، شرح المضد على المختصر جـ ٢ ص ٢٨٨، نهاية السؤل جـ ٣ ص ١٤٠، الإلهام جـ ٣ ص ٢٠١، نفائس الأصول جـ ٩ ص ٤٠٣٢، الأدلة للمختل في الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٦ وما بعدها، البحر المحيط جـ ١ ص ١٠٠.

(٣) الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢٢٢.

(٤) أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٩٠، البحر المحيط جـ ١ ص ١٠٠.

٢- تعريف الاستحسان عند متأخري الحنفية :

اعلم أن بعض القادحين في المسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه - رحمهم الله - في تركهم القياس بالاستحسان . وقال : حجج الشرع - الكتاب ، والسنة والإجماع ، والقياس ، والاستحسان قسم خلص لم يعرف أحد من حملة الشرع سوى أبي حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ، ومن هنا عمد المتأخرون منهم إلى الدفاع عن الاستحسان ، فضبطوه وبينوا معناه وأقسامه ، رداً على من قال إن الاستحسان تشريع بالهوى وقول في الدين بدون دليل . ولذلك نقل عنهم تعاريف كثيرة رفعت الخلاف بشأن الاستحسان ، وكشفت عن حقيقته أنه ليس حكماً بالهوى والشهوة ، بل حكم مستمد من مجموع علم الفقه بمقاصد الشريعة وغاياتها : ونحن ندورنا نذكر بعض هذه التعاريف .

أ- تعريف الكمال بن الهمام^(١) للاستحسان :

الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين أحدهما إطلاق خاص ، وهو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي ، ويسمى الاستحسان القياسي . **وبيانه :** أن يكون في المسألة التي ينظر الفقيه في حكمها وصفان يقتضيان قياسين متباينين :-

أحدهما : ظاهر جلي ، وهو ما يتبادر إليه الذهن ابتداءً ويحكم بمقتضاه في نظائرها .

(١) هو كمال الدين بن محمد عبد الواحد بن مسعود السراسي الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ولد سنة ٧٩٠هـ من تلاميذه . فتح القدير للعاجز الفقير والتحرير في أصول الفقه وعومها توفي سنة ٨٦١هـ (راجع

شذرات الذهب ج ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها) .

والثاني : خفي وهو ما لا يتبادر إليه الذهن إلا بعد النظر والتأمل، فيلحقها الفقيه بالثاني مع خفائه نظراً لقوة تأثيره فيها ولا يلحقها بالأول مع ظهوره وجلاته نظراً لضعف تأثيره فيها، فإذا عدلنا عما يقتضيه القياس للظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول ، كان هذا العدول استحساناً، ويسمى الحكم الثابت به حكماً مستحسناً وثابت على خلاف القياس.

مثال ذلك : قياس سؤر سباع الطير، كالصقر، والنسر، والحدأة على سؤر الإنسان بجامع أن كلا منهما لا يؤكل لحمه، وسؤر الإنسان طاهر فسؤر سباع الطير كذلك: فهذا قياس خفي قوي الأثر ، وقع في مقابلة قياس جلي ضعيف الأثر هو قياس سؤر سباع الطير، على سؤر سباع البهائم كالأسد، والفهد والذئب، بجامع أن كلا منهما لحمه نجس ، وسؤر البهائم نجس لاختلاطه باللحاح باللعاب النجس فسؤر ، سباع الطير كذلك نجس، والحنفية قد أخذوا بالقياس الخفي، لأنه أقوى تأثيراً من الظاهر وأثبتوا طهارة سؤر سباع الطير وسماوا ذلك استحساناً .

وفي هذا الإطلاق يقول السرخسي^(١) : والاستحسان في الحقيقة قياسان.

أحدهما : جلي ضعيف الأثر يسمى قياساً ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحساناً ، أي قياساً مستحسناً. فالترجيح إذن بالأثر لا

(١) هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي نسبة إلى سرخس من أعمال خراسان ، من أشهر مؤلفاته المبسوط في الفقه ، أصول السرخسي في الأصول، وشرح الجامع الصغير وغير ذلك كثير (راجع الفوائد

بالإخفاء والوضوح كالدنيا مع العقبى فإن الدنيا ظاهرة ،
والعقبى باطنة وترجحت بالصفاء والخلود^(١).

ثانيهما : أى الإطلاق الثاني : وهو أن الاستحسان دليل وقع في مقابلة
القياس سواء كان الدليل نصاً، أو إجماعاً.

مثاله : السلم فإن النص دل على جوازه والقياس الظاهر يقضي بعدم
الجواز، لعدم وجود المعقود عليه عند العقد، وكذلك الاستصناع
وهو طلب الصنعة لما فيه تعامل كالخف والنعل، فإن الإجماع
يدل على جوازه ، والقياس الجلي يقتضي منعه، لكون المعقود
عليه غير موجود وقت العقد.

وهذا الإطلاق ليس كسابقه ، فإن الإطلاق السابق كان الاستحسان
فيه عبارة عن تعارض بين علتين أحدهما ظاهرة والأخرى خفية ، وأما
هنا فإن التعارض ليس واقعا بين علتين، وإنما هو واقع بين علة قياسية
ودليل آخر غير القياس، وهذا الدليل قد يكون نصاً أو إجماعاً، أو
ضرورة، وسيأتي ذكر الأمثلة عند الكلام على أنواع الاستحسان.

ويلحظ على هذا التعريف. أن الإطلاق الأول يفقر إلى شمول
أنواع الاستحسان عند الحنفية، حيث اقتصر على نوع واحد وهو
الاستحسان القياسي. والإطلاق الثاني حصر الاستحسان في هذه الأنواع
الأربعة - النص، والإجماع، والقياس، والضرورة - مع أن أنواعه تربوا
على الثمانية وسيأتي بيانها في ما بعد عند ذكر أنواع الاستحسان.

(١) راجع أصول المرحسي جـ ٢ ص ٢٠٣، المسوط جـ ١ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت - لبنان.

وأما كان الأمر فإن الاستحسان بالمعنى الذي ذكره الكمال بن الهمام لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع لأنه يرجع إلى العمل بالقياس الخفي لترجحه على القياس الظاهر، أو إلى العمل بالنص أو الإجماع، وترك القياس الظاهر وليس ذلك مما ينبغي الخلاف فيه لأن العمل بالدليل الراجع متفق عليه بين جميع الأئمة، فالعمل بالاستحسان بهذا المعنى محل اتفاق، وليس فيه خروج على النصوص الشرعية، ولم ينكر أحد على أبي حنيفة الاستحسان بالأثر، والإجماع، والضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق^(١).

ب- تعريف السرخسي للاستحسان:

إن الاستحسان عنده ينقسم إلى قسمين :

الأول : العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولاً إلى آرائنا نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى: ﴿متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾^(٢). أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأي هو كذلك قوله: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

(١) راجع تعريف الكمال بن الهمام للاستحسان وما قبل فيه في التقرير والتحرير جـ ٢ ص ٢٢٢ وما بعدها، للبرط جـ ١ ص ١٤٥، كشف الأسرار للبخاري جـ ٤ ص ٣، كشف الأسرار للسفي جـ ٢ ص ٢٩١ وما بعدها، غاية الوصول للأصاري ص ١٤٧ ط صبح وأولاده - بمصر، فواتح الرحموت وشرحه جـ ٢ ص ٣٢٢ ط دار الفكر، نبر التمهيد جـ ٤ ص ٧٨ ط مصطفى الباشا الحلبي وأولاده - بمصر، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٤، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ محمد السيد علي عبد ربه ص ٥٤ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٦

بالمعروف^(١). ثم قال : ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الاستحسان .

الثاني : هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إمعان التأمل فيه، وبعد إمعان التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول، يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه فسي القوة ، فإن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل، وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل للتأمل، على أن معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله^(٢).

وبلاحظ على هذا التعريف أن القسم الأول ليس داخلا في مفهوم الاستحسان الأصولي عند الحنفية ، لأن التقديرات التي جعلها الشارع موكولة لتقدير المجتهدين ، لا يقال إنها استحسان، لأن الاستحسان عند فقهاء الحنفية والذي فهم من كتبهم الفقهية محصور بين أمرين :

أ - ترجيح قياس خفي على قياس ظاهر.

ب- استثناء مسألة جزئية من قاعدة كلية أو ترجيح دليل والعمل به فسي مقابلة القياس.

والقسم الثاني : يشمل أنواع الاستحسان كلها، لأن الدليل المعارض للقياس الظاهر قد يكون نصا أو إجماعا، أو قياسا خفيا، أو ضرورة، وكلمة دليل تشمل ذلك كله.

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٣

(٢) راجع أصول الشرح ص ٢٠٠ وما بعدها.

ج- تعريف العرفي الاستحسان في كتابه المبسوط:

عرف السرخسي الاستحسان بعدة تعاريف هي ما يلي :

١- الاستحسان : ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس.

٢- الاستحسان : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام.

٣- الاستحسان : الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة .

٤- الاستحسان : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه

العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين قال تعالى :

﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(١). وغاية الاستحسان

بأنواعه إنما هو ترك العسر في الأحكام عند حصوله إلى اليسر.

فالقيام في الصلاة ركن لا تصح صلاة الفريضة بدونه هذه القاعدة

هي الأصل في صحة الصلاة، والقياس عليها يقتضي بطلان صلاة القاعد

في الفريضة ، ولكن عدل عن حكم القاعدة في حال المرض إلى صحة

الصلاة لوجود العسر والمشقة.

وكذلك أباح الشارع الإفطار للمسافر والمريض لوجود العسر

والمشقة ، وكذلك طهارة الحيض التي تتجست بوقوع البعر فيها في

البراري إذا كانت النجاسة قليلة لرفع المشقة والعسر .

وكذلك المرأة عورة من رأسها إلى قدمها، ويحرم النظر إلى كل

عورة، ولكن أبيح النظر استثناءً إلى بعض المواضع منها للحاجة

(١) سورة الشفعة من الآية ١٨٥

والضرورة، فكان ذلك استحساناً لكونه أرفق بالناس وتركاً للعسر إلى اليسر^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف وإن كان صحيحاً، إلا أنه أراد أن يعرف الاستحسان بغايته ومآله أو الهدف منه، وأراد أن يبين أن أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ومنع غلو القياس. كما أن التخفيف لا بد له من ضوابط، فليست كل مشقة تستوجب العدول والاستثناء، وليس كل يسر مقبولا لدى الشائع، فإذا تحققت الضوابط والشروط اللازمة للتخفيف كان الخروج عن القواعد العامة شائعاً أياً كانت المصطلحات والأسماء.

د- تعريف البيهقي^(٢) للاستحسان:

الاستحسان : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه. ومعنى هذا أن يكون في المسألة قياسان، أحدهما جلي ظاهر، ولكنه ضعيف الأثر لضعف علته، والآخر قياس خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفي استحساناً لقوة علته، وهذا معنى قوله: إلى قياس أقوى منه، فالقوة منشؤها للعلة^(٣).

(١) راجع هذا التصريف وما قبله في السوط جـ ١٠ ص ١٤٥، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧.

(٢) هو علي بن محمد الحسين عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البيهقي، نسبة إلى بلدة ببلاد ما وراء النهر، تبحر في الفقه الحنفي وأصوله، ومن مؤلفاته أصول البيهقي، وغناء الفقهاء، وتفسير القرآن وغيرها. تولى سنة

٤٨٢هـ (راجع الأعلام جـ ٤ ص ٣٢٨)

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ٦، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ الناشر المكتبات الأزهرية.

ويلاحظ على هذا التعريف. بأنه غير جامع لأنه غير شامل لأنواع الاستحسان عند الحنفية، لأنهم يرون أن أنواع الاستحسان. العدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة ، أو العادة.

يقول الأمدي في الاعتراض على هذا التعريف: ويخرج منه الاستحسان عندهم بالعدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة، أو العادة.

أما الكتاب:

فكما في قول القائل " مالي صدقة " فإن القياس لزوم التصديق بكل مال له، وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى : ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾^(١). ولم يرد به سوى مال الزكاة.

وأما السنة:

فكاستحسانهم أن لا قضاء على من أكل ناسيا في نهار رمضان،^{*} والعدول عن حكم القياس إلى قوله ﷺ "أكل ناسيا" الله أطعمك وسقاك^(٢).

(١) سورة التوبة من الآية ١٠٣

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (راجع فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث رقم ١٩٣٣ ، كتاب الصوم - باب العاتم إذا أكل أو شرب ناسيا. ط دار المعرفة - بيروت لبنان).

وأما العادة:

فكالعدل عن موجب الإجازات في تقدير الماء المستعمل في الحمام، وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة للعادة في ترك المضايقة في ذلك^(١).

وقال ابن الحاجب^(٢) بعد ذكره التعريف السابق: وهذا مما لا نزاع في قبوله^(٣) بناء على أنه نوع من أنواع الاستحسان

ج- تعريف صدر الشريعة^(٤) للاستحسان:

الاستحسان : هو دليل يقابل القياس الجلي^(٥).

ومعنى هذا التعريف : أن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليل، عندما يتجاذب المسألة دليلان أحدهما عام والآخر جاري مجرى سنن القياس ويدخل بكلمة دليل في التعريف أنواع الاستحسان عند الحنفية، لأن الدليل قد يكون نصاً أو إجماعاً أو قياساً خفياً.

(١) راجع الأحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) هو أبو عمرو عثمان بن عمر أبو بكر الزوين قتيبة، مالكي، كردي الأصل ولد له إسنا بصعيد مصر سنة ٥١٧ هـ من مؤلفاته مختصر ابن الحاجب في الأصول، ومنتهى الأمل من علي الأصول والمجدل وغيرها (راجع الفتح المبين جـ ٢ ص ٦٥ وما بعدها ، حسن المحاضرة جـ ١ ص ٢٥٠ ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ).

(٣) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح المعتمد جـ ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو عبيد الله بن مسعود بن عمرو بن عبيد الله بن عمرو - صدر الشريعة الميموني الحنفي قتيبة أصولي له مصنفات كثيرة تولى - رحمه الله - سنة ٧٤٧ هـ (راجع طبقات الأصوليين جـ ٢ ص ١٦١ ، مفتاح السعادة جـ ٢ ص ١٩٠).

(٥) راجع التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر كلمة دليل مطلقة في المقابلة دون ذكر الترجيح ، ولو قال الاستحسان هو العمل بالدليل الذي يقابل القياس الجلي لكان أولي لبيان حقيقة الاستحسان . وعرفه بعضهم بأنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل أقوى منه . ويلاحظ على هذا التعريف أن الاستحسان تخصيص العلة والاستحسان ليس بتخصيص^(١).

هذا وبعد ذكر تعريف المتقدمين والمتأخرين من الحنفية للاستحسان يتبين أن الاستحسان ليس قولاً بالهوى والتشهي من غير دليل وإنما هو دليل شرعي راجع في جملة إلى الأدلة الشرعية . ويعجني في هذا المقام ما جاء في للبحر المحيط: " واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع ، وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة^(٢) ، فأبو حنيفة أجل قدراً ، وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنته من دليل قام عليه شرعاً ، فكان الطعن فيه من غير روية ، وقدح من غير وقوف على المراد^(٣) .

٣- تعريف الاستحسان عند المالكية

اشتهر الإمام مالك رحمه الله بالقول بالاستحسان ، ولكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان ، بل إطلاق هذه اللفظة في بعض المسائل وإن لم تكن كثيرة كثرتها في الفقه الحنفي . ويظهر أنه كان يكتفي بالمعنى

(١) راجع المرجع السابق، كشف الأسرار على أصول البردوي ج١ ص ٣، الإحكام للأمني ج١ ص ٢١٢ ومسا بعده.

(٢) راجع البحر المحيط للزركشي ج١ ص ٩٧

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البردوي ج١ ص ٣

ويترك العنوان في غالب الأحيان، على نهج للقول بالمصالح، حيث فاق الأقران في الإفتاء بها واعتبارها، حتى اشتهرت به واشتهر بها. وليس معنى هذا أن يقول في كل فتوى : هذا الحكم لمصلحة هي كذا، أو الدليل على هذا هي المصلحة .

ولعل للقائلين إنه لم يقل بالاستحسان إلا في مسائل معدودة يعنون بها المسائل التي صرح فيها بلفظة الاستحسان. وإلا فما معنى قوله " الاستحسان تسعة أعشار العلم "^(١). وكذلك لم يحدد التلاميذ الأولون هذا الاستحسان حيث لم يوجد حاجة إلى مثل هذا التحديد، بل قال أصبغ بن فرج المالكي " الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس " وقد بالغ فيه فقال " إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وأن الاستحسان عماد العلم "^(٢).

ولما قامت الخصومات حول الاستحسان وهل هو دليل شرعي أولا ؟ . عرفوه مع اختلاف في العبارات، كل يذهب إلى ناحية، والظاهر أنهم قصدوا إثبات أنه غير خارج عن الأدلة، ونفى أنه تشريع بالسهو ، ولم يقصدوا تفصيل أنواعه واستيعابها، وعباراتهم في التعريف تبدو متقاربة لا تختلف إلا في العموم والخصوص^(٣). وإليك بعضاً منها.

(١) راجع للمؤلفات جـ ٤ ص ٢٠٩

(٢) راجع الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٨

(٣) راجع تعليق الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلي جـ ٣٦٥ وما بعدها ط الأزهر.

أ- تعريف ابن العربي للاستحسان :

عرف ابن العربي ^(١) الاستحسان بأنه عبارة عن :
" إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته " وقسمه أقساماً أربعة وهي: ترك الدليل للعرف، وتركه للإجماع، وتركه للمصلحة ، وتركه لليسير التافه لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق ^(٢).

وقال في أحكام القرآن " الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر ، والقياس إذا اطرده ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان، من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالكا أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقص العلة ^(٣).

ب- تعريف ابن رشد للاستحسان :

عرف ابن رشد ^(٤) الاستحسان فقال : " الاستحسان الذى يكثر استعماله، هو طرح القياس الذى يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه،

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله الأندلسي المالكي ولد سنة ٤٦٨ هـ من تصانيفه المحصول في الأصول، والإنصاف في مسائل الخلاف، والأحكام وغير ذلك توفي سنة ٥٤٣ هـ ودفن بفارس (راجع معهم المؤلفين ج ١ ص ٢٤٢ وما بعدها، الأعلام ج ٦ ص ٢٣٠)

(٢) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٨

(٣) راجع المرحع السابق : حيث نقله الشاطبي عن ابن العربي وإن كان لا يوجد في أحكام القرآن الكريم له.

(٤) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، أفقه أهل الأندلس. من تصانيفه المقدمات لأوائل كتب المدونة ، البيك والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، مختصر المسوط وغيرها توفي سنة ٥٢٠ هـ (راجع شذرات الذهب ج ٦ ص ٦٢)

فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع. ثم قال: الحكم بظنية الظن أصل في الأحكام. وهذا كما ترى خاص إن فُسر القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين ، وأما إن فُسر بالمعنى الأعم كان مراداً لتعريف ابن العربي السابق^(١).

ج- تعريف الشاطبي وبعض المالكية للاستحسان:

عرف الشاطبي^(٢) وغيره الاستحسان بآئنه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس.

ومعنى هذا التعريف: أن من استحسن لم يرجع إلى مجرد نوقه وتشبيهه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك^(٣).

مثال ذلك: لو اشترى سلعة بالخيار ثم مات وله ورثة فقيل يرد، وقيل: يختار الإمضاء. وقال أشهب^(٤): القياس الفسخ، ولكننا نستحسن إن أراد الأمضاء أن يأخذ الأرض من لم يمض إذا امتنع البائع من قبول نصيب

(١) راجع الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٩ ط دار الفكر- مالك لأبي زهرة ص ٢٩٨ ط دار الفكر العربي

(٢) هو إبراهيم بن موسى بن محمد الحمصي القرطبي المالكي الشهير بالشاطبي أو إسحاق- محدث، فقيه، أصولي ، مفسر من مؤلفاته عنوان التعريف بأسرار التكليف في الأصول، والمواقفات في أصول الأحكام، والاعتصام وغيرها

توفي سنة ٧٩٠هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٢٣١)

(٣) راجع المواقفات جـ ٤ ص ٣٠٦، البحر المحيط جـ ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧

(٤) هو أبو عمر بن عبد العزيز بن دلود القيس العامري المصري إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر بعد موت ابن القاسم ، ولد في سنة ١٤٠هـ وتوفي ٢٠٤هـ (راجع الأعلام جـ ١ ص ٣٣٢ ، وفيات الأعيان جـ ١ ص ٢٣٨) .

الراد وقال ابن القاسم^(١) : قلت لمالك : لم يقضي بالشاهد واليمين في جراح العمد الأموال^(٢).

د- تعريف أشبه المالك وبخس المالكية للاستحسان :

فقد عرفوا الاستحسان بأنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس. كدخول الحمام، والشرب من السقاء، مما لا يحسد فيه زمان الانتفاع ولا مقدار المأخوذ من الماء.

ويلاحظ على هذا التعريف : أن العادة إذا كانت ثابتة في زمنه عليه الصلاة والسلام فقد ثبت الحكم بالسنة لا بالاستحسان، وإن كانت في عصر الصحابة من غير إنكار منهم فإجماع، وإن كانت غير عادة ، فلإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجته فقد ثبت بذلك مثل القرض والعريضة، وكذا سائر الترخصات التي وردت أدلتها بالنص أو القياس^(٣).

هـ- تعريف محمد بن خويز مناداة الاستحسان :

عرف ابن مندا^(٤) الاستحسان : فقال الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك هو " القول بأقوى الدليلين "

مثال ذلك : تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القي بالبناء للحديث فيه، وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء

(١) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٣٢هـ أثبت الناس في منعب الإمام مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة تولى سنة ١٩١هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٥٨، الفتح للبين ج١ ص ١٢٠).

(٢) راجع البحر المحيط ج٥ ص ٩٨، غنائم الأصول ج٥ ص ٤٠٢٧

(٣) راجع هامش المواقفات ج٤ ص ٢٠٦، شرح العضد على المختصر ج٢ ص ٢٨٨

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز بن مندا الإمام العالم للتكلم، الفقيه، الأصولي، له مصنفات عديدة في الخلاف والأصول، وأحكام القرآن (راجع شجرة النور الزكية ص ١٠٣)

في الرعاف لكان في حكم القى في أنه لا يصح البناء، لأن القياس يقضى بتابع الصلاة ، فإذا أوردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل قال : وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل، فإن سماء استحسانا فلا مشاحة في التسمية^(١).

وبعد، فهذه تعريفات المالكية للاستحسان ، وهي قريبة من بعضها في المعنى ، ومنها يتبين لنا مايلي:

١- إن الاستحسان عند المالكية ذو وجوه عديدة ، وأكثر ما يكون الاستحسان عندهم عندما يظهر أن موجب القياس يؤدي إلى حرج، فيأتي الاستحسان لدفع هذا الحرج الناشئ من إطراد القياس، كما ورد في تعريف ابن رشد.

٢- إن الاستحسان قد يأتي عند المالكية في بعض الأحيان ليثبت حكما على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة ، فهو حكم جزئي في مقابلة دليل كلي . وذلك مثل إجازة القرض دفعا للحرج والمشقة ، فإنه ربا في الأصل ، لأن الدرهم بالدرهم إلى أجل أبيح لما فيه من التوسعة والرفق بالخلق^(٢). كما ورد في تعريف الشاطبي ، وكذلك الإفتاء بقبول شهادة الشاهد غير العدل في البلد الذي لا يوجد فيه عدول . ترخصا من قاعدة عامة يؤدي إطرادها إلى وقوع ضرر فيأتي الاستحسان ليدفعه.

(١) راجع هامش الملاحظات جـ ص ٢٠٦ - البحر المحيط جـ ص ٩٧ ، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ

ص ٤٠٢٧

(٢) راجع الملاحظات جـ ص ٢٠٦

٣- إن الاستحسان عند المالكية له وجه آخر أكثرها منه وهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس عند التعارض، وهنا يرجع المجتهد إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة إلى المصلحة التي بنى عليها اجتهاده، فالقياس هنا يقتضي حكما يؤدي إلى تقويت مصلحة أو جلب مفسدة، فيقيم المالكية هنا العمل بالمصلحة الراجحة التي هي مقصد الشارع على حكم القياس، وعلى هذا للمعنى بنى الإمام مالك وأصحابه كثيرا من الأحكام الاجتهادية.

٤- إن الاستحسان عندهم ليس تشريعا بالرأي والهوى ، وإنما هو ترك الدليل للدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته، ذلك الدليل قد يكون إجماعا ، وقد يكون عرفا، أو مصلحة مرسلة. وهذا ما ورد في تعريف ابن العربي.

٥- إن للمالكية أحيانا يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرسلة مرة أخرى ، وملحظهم في ذلك الاعتبار، فباعتبار إخراجها عن عموم الدليل سموها استحسانا، وباعتبار أنه لم يرد فيها نص معين ولم يرد من الشارع اعتبارها بذاتها، أو إلغاؤها سموها مصلحة مرسلة.

٦- إن الاستحسان عند المالكية غير خارج عن إطار الأدلة الشرعية .
قال الشاطبي : " وإذا كان هذا معناه عند مالك وأبي حنيفة فليس بخارج عن الأدلة الثابتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها بعضا، ويخصص بعضها

بعضاً، كما في الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلاً^(١).

وقال بعد ذكره تعريف الاستحسان وذكر أمثلة له : "وهذا يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر في لوازم الأدلة ومآلاتها"^(٢).

وأرى أن التعريف الأقرب إلى الصواب من التعريفات السابقة للاستحسان عند المالكية : هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس، كما يؤخذ من مجموع كلامهم في الاستحسان والمصالح.

كما أن الاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلاً للخلاف، ولا يرفضه فقيه ، فهو محل اتفاق وغير خارج عن الأدلة الشرعية. وهذا ما رجحه الشاطبي فقال: "إن الاستحسان المالكي معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"^(٣) وقال الإبياري : والذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان لا على ما سبق بل حاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس^(٤) أ هـ.

(١) راجع الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٩

(٢) راجع الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٩

(٣) راجع الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٦

(٤) راجع البحر المحيط ص ٩٨ ، نفائس الأصول جـ ١ ص ٤٠٢٧

وقال الشيخ أبو زهرة^(١): بعد ذكره تعاريف المالكية للاستحسان "وخلصته عندهم أنه استعمال مصلحة جزئية في موضوع يعارضه فيها قياس عام"^(٢) أ هـ.

٣- تعريف الحنبلي للاستحسان

إن الناظر في أصول الاستنباط في الفقه الحنبلي يجد أن الإمام أحمد - رحمه الله - قد أخذ بالاستحسان كمبدأ اجتهادي ، ولكنه لم يتوسع فيه توسع الحنفية والمالكية ، ولعل المسائل الاستحسانية التي ذكرها علماء الحنبلي في كتبهم قليلة ومعدودة . ولعل السبب في ذلك تأثر الإمام أحمد بشيخه الإمام الشافعي رضي الله عنهما .

وقد ورد عن الإمام أحمد ما يدل على بطلان الاستحسان ، وإنكار العمل به ، ولكن الاستحسان الذي قصده هو الاستحسان الذي لا يعتمد على دليل شرعي، بل المعتمد على العقل المجرد والتشهي ، وأما الاستحسان الذي يعتمد على دليل من الشرع، فلم ينكره بل عمل به في بعض فروعه فلذلك قال: أنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه* ومعنى هذه العبارة أنه يترك القياس بالخبر وهذا هو الاستحسان^(٣).

(١) هو محمد بن أحمد أبو زهرة من أكابر علماء الشريعة الإسلامية في عصره ولد بالمحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ من مصنفاته تاريخ الجدل في الإسلام، أصول الفقه، مذكرات في الوقف، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية وغيرها (راجع الأعلام ج٢ ص ٢٥)

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ ط دار الفكر العربي - القاهرة.

(٣) راجع الكوكب المنير ج٤ ص ٣٤٠، روضة الناظر وشروحاتها ج١ ص ٤٠٧، المسودة ص ٥٢

وجاء في المسودة : وقد أطلق أحمد القول بالاستحسان في مواضع^(١) أ هـ.

وقال الأمدى : وقد اختلف فيه فقال به أصحاب أبي حنيفة وأحمد ابن حنبل^(٢) أ هـ.

وقال ابن مفلح^(٣) : أطلق أحمد القول به في مواضع^(٤) أ هـ.

هذا وقد وردت عن الحنابلة تعريفات كثيرة ومختلفة للاستحسان في كتب أصول الحنابلة بعضها مقبول وبعضها مردود، وأغلب هذه التعريفات تتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في تعريفهم للاستحسان، وهما نحن نذكر بعضها منها :

تعريف ابن قدامة للاستحسان :

عرف ابن قدامة^(٥) الاستحسان بثلاثة معان :

أحدها : العُدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة^(٦)، والاستحسان بهذا المعنى دليل عام من كتاب أو سنة عارض

(١) راجع المسودة ص ٤٥١

(٢) راجع الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢٠٩

(٣) هو أفضى الفضا برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلى الشيخ الإمام ، صنف شرح المقنع في الفقه، وصف كتابا في الأصول تولى سنة ٨٨٤هـ (راجع شذرات الذهب ج٧ ص ٣٣٨ وما بعدها)

(٤) راجع الكوكب المنير ج٤ ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٥) هو محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين أبو عبد الله بن قدامة المقدسى من كبار أئمة، صنف ما يزيد على سبعين كتاباً منها العقود الدرية في مناقب ابن تيمية، المحرر، ومسند في الحديث وغيرها تولى سنة ٦٨٢هـ (راجع

الأعلام ج٥ ص ٣٢٦، شذرات الذهب ج٦ ص ١٤١)

(٦) راجع روضة الناظر وشرحها ج١ ص ٤٠٧

دليلاً خاصاً، وخصصه ، وليس هناك خلاف بين الفقهاء في تخصيص العام إذا صح الخاص .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لمعاني الاستحسان ، لأنه قصره على استحسان النص، كما يترتب عليه كون العدول من المنسوخ إلى الناسخ ، وعن العموم إلى الخصوص استحساناً وهو ليس كذلك^(١).

الثاني: ما يستحسنه المجتهد بعقله^(٢):

وهذا التعريف باطل، لأنه أرجع الاستحسان - وهو دليل شرعي - إلى عقل المجتهد واجتهاده وهذا الاجتهاد مبني على الهوى للتشهي. حيث يجعل غير العالم بنصوص الكتاب والسنة مجتهداً^(٣).

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي: إنا نعلم قطعاً، إجماع الأمة قبلهم أن للعالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد - وهو كاستحسان العوالم، ومن لا يحسن النظر. فإنه إنما جاز الاجتهاد للعالم دون العامي ، لأنه يفارقه في معرفة أدلة الشرع، وتمييز صحيحها من فاسدها، وإلا فالعامي أيضاً يستحسن، ولكن يقال لعل مستند استحسانك وهم وخيال لا أصل له، ونحن نعلم أن النفس لا تميل إلى الشيء إلا بسبب مميل إليه، لكن للسبب ينقسم إلى ما هو وهم وخيال إذا

(١) راجع الأحكام للأندلسي ج ٤ ص ٢١٢

(٢) راجع روضة الناظر وشرحها ج ١ ص ٤٠٧، للمستغني ج ١ ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٣) يلاحظ أن هذا التعريف حكاه الشافعي عن أبي حنيفة لكن الخفية يتكرونها هذا التفسير لما فيه من الشناعة (راجع

البحر المحيط ج ٨ ص ١٠٣، تفتاوى الأصول ج ٩ ص ٤٠٣)

عرض على الأدلة لم يتحصل منه طائل، وإلى ما هو مشهور من أنسنة الشرع، فلم يميز المستحسن ميله عن الأوهام، وسوابق الرأي، إذا لم ينظر في الأدلة، ولم يأخذ بها.

فأبعد استحسان المجتهد عن الأوهام - ورجع به إلى الأدلة الشرعية - فخرج باستحسان المجتهد عن الحكم بالهوى^(١).

على أن هذا التعريف لا يصلح في الحقيقة أن يكون محلاً للفتراض بين أحد من الأئمة، لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالهوى والتشهي، وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي .

الثالث : دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه^(٢).

وهذا التعريف متفق مع تعريف الاستحسان عند متقلمي الحنفية وقد تقدم الكلام عنه سابقاً.

(١) راجع المستصفي ج ١ ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) راجع تعريف ابن قدامة للاستحسان في روضة الناظر ج ١ ص ٢٠٨، للرددة ص ٤٥٢، شرح الكوكب ج ٤

ص ٣٤٠، الإحكام للأندلسي ج ٤ ص ٢١٠، شرح المضد على المختصر ج ٢ ص ٢٨٨، البحر المحيط ج ٨

ص ١٠٣، نقاشي الأصول ج ٥ ص ٤٠٢٧، للنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر بيروت - لبنان، الآيات البينات

ج ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، إرشاد الفحول ص ٢٤١

ب- تعريف أبو الخطاب الاستحسان:

عرف أبو الخطاب الاستحسان فقال : والذي يقتضيه كلام أصحابنا أن يكون حد الاستحسان العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه^(١).

وهذا التعريف يشمل بعمومه أنواع الاستحسان فموجب القياس يشمل القياس الظاهر، كما يشمل القواعد العامة.

ج- وعرفه بعض الحنابلة فقالوا: الاستحسان ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه^(٢). ويلاحظ أن هذا للتعريف أنه خارج عن معاني الاستحسان ، لأنه لا يقال للأحكام بعضها أولى من بعض أو أقوى من بعض، وإنما القوة والأولية تكون للأهلة.

د- وعرفه بعضهم: بأنه ترك القياس إلى قياس أولى منه^(٣). ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع ، فهو يشمل أحد وجوه الاستحسان فقط وهو الاستحسان القياسي.

هذا وبعد عرض بعض تعريفات الحنابلة للاستحسان نجد أن هناك شبه تطابق فيما بينهم وبين الحنفية في هذه التعريفات ولعل ذلك راجع لكون الذين تعرضوا للاستحسان عند الحنابلة كانوا من المتأخرين ، وقد اطلعوا على معنى الاستحسان بعد أن ضبط واستقر عند متأخري الحنفية.

(١) راجع المسودة ص ٤٥٢

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع المسودة ص ٤٥٣

ولعل أقرب التعريفات إلى الصواب من تعريفات الحنابلة هو تعريف أبو الخطاب القائل بأن الاستحسان هو العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه لشموله أنواع الاستحسان .

- تعريف أبو الحسين البصري للاستحسان -

عرف أبو الحسين البصري^(١) الاستحسان بأنه : ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه ، وهو في حكم الطارئ على الأول .

فقوله : غير شامل شمول الألفاظ يخرج العام ، فإن العام إذا توك لوجه من وجوه الاجتهاد كالقياس مثلاً لا يكون استحساناً إنما يكون ذلك تخصيصاً للعام بالقياس .

وقوله : لوجه أقوى يكون كالطارئ على الأول . قصد به إخراج ترك أحد القياسين للقياس الآخر فلا يسمى ذلك استحساناً ، لأن القياس الذي عمل به ليس طارئاً على الأول ، بل هو موجود ابتداءً .

مثال ذلك : بيع العنب بالزبيب فإنه قد ثبت تحريم بيعه سواء أكان على الشجر أم لا ، قياساً على الرطب . ثم إن الشارع قد رخص في جواز بيع الرطب على النخل بالتمر اليابس لما فيه من الفرق ورفع الحرج

(١) هو محمد بن علي الطيب البصري أحد أئمة المعتزلة ، وكان يشار إليه بالبنان في علم الأصول والكلام من تصانيفه للمعتزلة في الأصول ، وشرح الأصول الخمسة ، وله كتاب في الإمامة وأصول الدين توفي ببغداد سنة ٤٣٦ هـ (راجع الفتوح للبين جـ ١ ص ٣٧٧ ، شذرات الذهب جـ ٣ ص ٢٥٩) .

فَسْنَا عَلَيْهِ الْعَنْب فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، وَتَرْكُنَا الْقِيَاسَ الْأَوَّلَ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حَكْمِ الطَّارِئِ ، وَلَكِن الْقِيَاسَ الثَّانِي أَقْوَى^(١).

وَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ: بِأَن حَاصِلَهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْإِسْتِحْسَانَ هُوَ تَخْصِيسُ الْعِلَّةِ وَهُوَ الْمَعْبَرُ عَنْهُ بِالنَّقْضِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِمَّا انْفَرَدَ بِهِ الْحَنْفِيَّةُ وَلَكِنْ أَن نَقُولَ : هُوَ بِهَذَا التَّفْسِيرِ أَعْمُ مِنْ تَخْصِيسِ الْعِلَّةِ فَإِنَّهُ رَجُوعٌ عَنْ حَكْمٍ دَلِيلٍ خَاصٍّ إِلَى مُقَابَلِهِ بِدَلِيلٍ طَّارِئٍ عَلَيْهِ أَقْوَى مِنْهُ ، وَذَلِكَ أَعْمُ.

وَفِي الْإِعْتَرَاظِ عَلَى هَذَا التَّعْرِيفِ يَقُولُ الْبَيْضَاوِيُّ: وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ تَكُونَ الشَّرِيعَةَ كَأَنَّهَا اسْتِحْسَانٌ، لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ الْأَصْلِيَّةَ مَقْتَضِي الْعَقْلِ، وَإِنَّمَا يَتْرَكَ ذَلِكَ لِدَلِيلٍ أَقْوَى مِنْهُ، وَهَذَا الْأَقْوَى فِي حَكْمِ الطَّارِئِ عَلَى الْأَوَّلِ :

ثُمَّ قَالَ يَنْبَغِي أَنْ يَزَادَ فِي حَكْمِ الْحَدِّ قَيْدٌ آخَرٌ فَيَقَالُ: تَرَكَ وَجْهَ مَنْ وَجْهَ الْاجْتِهَادِ مُغَايِرَ لِلْبَرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَاللَفْظِيَّةِ بِوَجْهِ أَقْوَى مِنْهُ وَهُوَ فِي حَكْمِ الطَّارِئِ عَلَى الْأَوَّلِ^(٢).

(١) رَاجِعْ تَعْرِيفَ أَبُو الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ فِي نَهْجَةِ السُّوْلِ ج ٣ ص ١٤١، وَالْإِمْلَاحُ ج ٣ ص ٢٠٢ وَمَا بَعْدَهَا، نَفَائِسُ

الْأَصُولِ ج ٤ ص ٤٠٣٢

(٢) رَاجِعْ الْإِمْلَاحُ ج ٣ ص ٢٠٢ وَمَا بَعْدَهَا.

وأجاب الصفي الهندي ^(١) على ما ذكره البيضاوي بقوله: فإن البراءة الأصلية ليست وجهاً من وجوه الاجتهاد، إذ هي معلومة أو مظنونة من غير اجتهاد، فلا حاجة إلى ما ذكره من التقييد ^(٢).

يقول الأمدي بعد ذكره التعريف السابق: وهذا الحد وإن كان أقرب مما تقدم لكونه جامعاً مانعاً، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه، من نص، أو إجماع، أو غيره، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به، وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الاطلاقات اللفظية، ولا حاصل له ^(٣) أ هـ.

والاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع كذلك، لأن حاصله أن المجتهد يترك العمل بالدليل الخاص لوجود دليل طارئ عليه أقوى منه، وليس ذلك مما ينزاع فيه أحد، لأن العمل بالراجح مجمع عليه.

هذا ومن للصراحة أن أقول: إنني بعد هذه الجولة في ذكر أهم تعاريف الاستحسان، أجدني مضطراً إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين. من أنه في الحقيقة لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح أن يكون محلاً للنزاع هنا - ولا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً يرجع إلى

(١) هو محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي الفقيه الشافعي الأصولي ولد بالمند سنة ٦٤٤ هـ، ورحل إلى دمشق، كان فقيهاً أصولياً متكلاً أدبياً، من تصانيفه الزبدة في الكلام، والفاقر في الأصول، تولى بدمشق سنة ٧١٥ هـ (راجع شذرات الذهب ج٦ ص ٣٦، الفتح المبين ج٢ ص ١١٥، البداية والنهاية ج١٤ ص ٧٤).

(٢) راجع الإجماع ج٣ ص ٢٠٢.

(٣) راجع الأحكام للأمدي ج٤ ص ٢١٣.

التسمية فقط ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد يقول الشوكاني^(١): " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتبهه من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به، وإن كان تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد أ هـ.

وقال جماعة من المحققين : " الحق أنه لا يتحقق استحسانٌ مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقاً، وما هو مردود اتفاقاً، وجعلوا من صور الاتفاق على القبول قول من قال : إن الاستحسان العدول عن القياس إلى قياس أقوى ، وقول من قال: إنه تخصيص قياس بأقوى منه، وجعلوا من التردد بين القبول والرد . قول من قال : إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه، لأنه إن كان معنى قوله ينقدح أنه يتحقق ثبوته، والعمل به واجب عليه فهو مقبول اتفاقاً ، وإن كان بمعنى أنه شك، فهو مردود اتفاقاً ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك وجعلوا من التردد أيضاً قول من قال: إنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس فقالوا: إن كانت العادة هي الثابتة من زمن النبي ﷺ فقد ثبت بالسنة ، وإن كانت هي

(١) هو محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء- من مؤلفاته- نيل الأوطار من أسرار مفتي الأحبار، وإرشاد النحول في الأصول وغيرها توفي سنة ١٢٥٠هـ (راجع الأعلام جـ ٦ ص ٢٩٨).

الثابتة في عصر الصحابة من غير إنكار فقد ثبت بالإجماع، وأما غيرها فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته، فقد ثبت ذلك به، وإن كان شيئاً آخر لم تثبت حجيته فهو مردود قطعاً^(١).

وفي هذا المعنى يقول ابن السمعاني^(٢) : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتبهه من غير دليل، فهو باطل، ولا يقول به أحد، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه، فهذا مما لا ينكره أحد. أ هـ.

وما أسندوه إلى أبي حنيفة من أن الاستحسان حجة عنده، فإنما هو القياس الخفي في مقابل القياس الجلي وليس القول في الدين بالسهو والنشوي^(٣).

وقال الزركشي^(٤) : واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة^(٥). أ هـ.

(١) راجع إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٢) هو الحافظ أبو سعد السمعان تاج الإسلام عبد الكريم بن محمد بن منصور المروزي الشافعي - محدث المشرق وصاحب التصنيف والفوائد الغيرة والرحلة الواسعة توفي سنة ٥٦٢ هـ (راجع شذرات الذهب ص ٢٠٣ العم

جـ ٣ ص ٣٨، النهاية جـ ١٣ ص ٢٥)

(٣) راجع تفانص الأصول جـ ١ ص ٤٠٢٨، الإجماع جـ ٣ ص ٢٠٣

(٤) هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن هناد بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي ولد في سنة ٧٤٥ هـ من تصانيفه تكملة شرح المنهاج للإسنوي، البحر المحيط في الأصول، وشرح جمع الجوامع لابن السبكي وغيرها توفي سنة ٧٩٤

هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٦ ص ٣٣٤)

(٥) راجع البحر المحيط جـ ١ ص ٩٧

وقال البزدوي - دافعاً عن الإمام أبي حنيفة هذه التهمة : " وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - أجل قدراً ، وأشدّ ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسّنه من دليل قام عليه شرعاً^(١) . أ هـ .
وقال المضد^(٢) : "والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه^(٣) . أ هـ .
وقال الإموني^(٤) : "وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الأمدى : أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه^(٥) . أ هـ .
وقال المحطى^(٦) بعد ذكره التعاريف والجواب عنها . فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلاً للنزاع^(٧) . أ هـ .

ثم نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي ، فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به . والذي يقولون به إنه العدول في الحكم من دليل إلى دليل أقوى منه . فهذا مما لم ينكره أحد

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ ٤ ص ٣ وما بعدها .

(٢) هو عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الإيجي الملقب بعرض الدين العلامة الشافعي الأصول المتكلم الأديب ، من تصانيفه رسالة في علم الوضع وشرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والمواقف في أصول الدين نسوي سنة ٧٥٦ هـ (راجع طبقات الشافعية لابن السبكي جـ ٨ ، ١٠ ، الأعلام جـ ٢ ص ٤٨٤ ، الفتح المبين جـ ٢ ص ١٦٦) .

(٣) راجع شرح المضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ .

(٤) هو الإمام عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن إبراهيم الأموي الشيخ جمال الدين أبو محمد الإنسوي نسبة إلى إسنا وهي مدينة بالقصى الصعيد محضر من مصنفاته التمهيد في الأصول ، ونهاية السؤل ، وغرهما توفي سنة ٧٧٢ هـ (راجع شذرات الذهب جـ ١ ص ٢٢٢ ، حاشيئة المحاضرة جـ ١ ص ٢٤٢) .

(٥) راجع نهاية السؤل جـ ٣ ص ١٤١ ، مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ ، الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢١٣ .

(٦) هو محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن هاشم الجلال المحطى نسبة للمحلة الكري من الغربية ولد سنة ٧٩١ هـ - من مصنفاته الجهر الطالع شرح جمع الجوامع ، وشرح الورقات ، مختصر التبيه وغر ذلك كثر نسوي سنة ٨٦٤ (راجع شذرات الذهب جـ ٢ ص ٣٠٣ ، الفتح المبين جـ ٢ ص ٤ الناشر محمد أمين دمع - بيروت - لبنان) .

(٧) راجع شرح المحطى على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٥٣ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

لكن هذا الاسم لا نعرفه اسما لما يقال به بمثل هذا الدليل. وقريب منه قول القفال^(١): إن كان المراد بالاستحسان ما دل عليه الأصول لمعانيها فهو حسن، لقيام الحجة له وتحسين الدلائل، فهذا لا ننكره ونقول به. وإن كان ما يقبح في الوهم من استنباح الشيء واستحصانه بحجة دلت عليه من أصل ونظير، فهو محذور والقول به غير سائغ^(٢).

وبعد أن ذكرنا أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، إلا أن مسبب خلاف العلماء في تعريف الاستحسان يرجع إلى أن العلماء الذين قالوا به لم ينكروا تعريفا له مضبوطا في الفترة الأولى التي استعملوا فيها لفظ الاستحسان كاصطلاح، حيث كان الكثير من الاصطلاحات لم تدون وتحدد بشكلها ومعناها الذي استقرت عليه أخيرا في عهد المتأخرين من العلماء ومن تلاميذهم ومن بعدهم الذين بينوا معناها وضبطوه حتى اتضحت حقيقته لمن انتقده وأنكره، وذلك بعد للنظر في مناحي أئمتهم والفروع المخرجة على الاستحسان.

أما بعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان، أو إجماعا أو قياسا خفيا إذا وقع في مقابلة القواعد القياسية فهو حجة من غير تصور خلاف.

(١) هو محمد بن علي بن إسماعيل الشافعي القفال أبو بكر الشافعي عالم في الفقه والحديث واللغة والأدب ولد سنة ٢٩١هـ في الشام وراء نهر سحون له مصنفات عديدة في الفقه وأصوله توفي سنة ٣٦٥هـ (راجع شذرات

الذهب ج٣ ص ٥١، الفتاوى البهية ص ١٠٣)

(٢) راجع البحر المحيط ج٥ ص ٩٩، نفائس الأصول ج٩ ص ٤٠٢٨ .

كما أن من العلماء من نظر إلى الاستحسان بمعناه اللغوي ، وهو من أثبت حكما مستحسنا من عنده بغير دليل من الشرع مقبول، ذلك لأنه يعد تركا للأدلة لمجرد الرأي والهوى ، وقد سبق أن قلنا: إن الإجماع انعقد على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل من أدلة الشرع.

التعريف الراجح

بعد أن ذكرنا تعريف الاستحسان عند القائلين به وقلنا بأنه لا يصلح أحدهما أن يكون محلاً للنزاع. إلا أننا نرجح تعريف الكرخي من الحنفية القائل : بأن الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

لأن هذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه ، ويبين أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجئ الحكم مخالفاً لقاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمسك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس، ويصور أن الاستحسان - كيفما كانت صورته وأقسامه، يكون في مسألة جزئية - ولو نسبياً - في مقابل قاعدة كلية - فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية ، لكيلا يؤدي الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه.

ويؤيد ما ذهبنا إليه الإمام الغزالي . حيث قال : والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي^(١). أهـ.

(١) راجع المحول ص ٢٧٧، أصول الفقه للشبح أبي زهرة ص ٢٤٥.

ونكر الزركشى نقلا عن إلكيا الهراسي^(١) : أن ما ذكره الكرخي في تعريفه للاستحسان أحسن ما قيل في تفسيره^(٢) . أهـ .

وقال الدكتور / محمد مصطفى شلبي . ولو اعترفوا بما فسره به الكرخي الذي أدرك حقيقة الاستحسان من أنه إخراج الحادثة عن حكم أمثالها إلى حكم آخر لمقتضى ، لكان إلى الصواب أقرب ، ولو أنهم فعلوا ذلك لما بعدوا عن الحقيقة ، وما كان عليهم بعد ذلك إلا بيان ذلك المقتضى ، وتفصيل أنواعه ، ثم لا يضيرهم أن قيل عنه : إنه شامل للتخصيص ، وليكن التخصيص استحسانا ، وهل مثل هذا يترك به الواقع^(٣) ؟ . أهـ .

(١) هو علي بن محمد بن الطبري أبو الحسن الفقيه الشافعي النيسابوري ولد في ذي القعدة سنة ٤٥٠ هـ - كسان بارعا ، حسن الوجه ، جهوري الصوت ، حلو الكلام : فعلا من فحول العلماء ، من مصنفاته شفاة المسترشدين ، وأحكام القرآن الكريم توفي سنة ٥٠٤ هـ (راجع الفتح للمبين ج٢ ص ٦ ، شذرات الذهب ج٤ ص ١٨ ، المعجم ج٢ ص ٣٨٦) .

(٢) راجع البحر المحيط ج ٨ ص ١٠٠ ، نفائس الأصول في شرح المنصور ج٩ ص ٤٠٢٩ .

(٣) راجع تحليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٦٠ ط الأزهر .

المبحث الثاني

في

حجية الاستحسان

تمهيد :

على الرغم مما ذكرناه من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلاً للنزاع إلا أننا وجدنا كتب أصول الفقه - قد دأبت على الكتابة في هذا الموضوع، وصورته على أنه قد حدث فيه خلاف كبير بين الأئمة فمنهم قائل بحجيته وأنه تسعه أعشار العلم، إلى آخر منكر له وأن من استحسّن فقد شرع . وجريا على مذهب إليه هؤلاء. أنكر مذاهب العلماء في حجية الاستحسان لتكون على بصيرة وعلم بما كانوا عليه .

فقد اختلفت مذاهب العلماء في حجية الاستحسان على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة^(١) ، وهم يرون أن الاستحسان يعتبر حجة ، وأنه دليل شرعي تثبت به الأحكام^(٢).

المذهب الثاني:

وعليه : الظاهرية والمعتزلة ، والشيعية ، ونسب إلى الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - حتى نقلوا عنه قوله " من استحسن فقد شرع " يريد بذلك أن من أثبت حكماً بالاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه لأنه لم يأخذه من أدلة الشرع - وليس له ذلك لأنه كفر والعياذ بالله أو كبيرة .

وأصحاب هذا للمذهب يرون أن الاستحسان لا يعتبر حجة كما أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو قول في الدين بالهوى والتشهي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي^(٣).

(١) استبعد القرطبي نقل هذا المذهب عن المالكية. فقال: ليس معروفاً عنهم، وثقاه الجلال المحلى من الحنابلة: وأقول لما ليس هناك وجه للاستعداد والقي مع الذي قدمناه عند تعريف الاستحسان عند المالكية والحنابلة، وأعدهما بالاستحسان في الأحكام الشرعية وضربنا على ذلك الأمثلة (راجع حاشية البناي على شرح المحلى جـ ٢ ص ٣٥٢).

(٢) راجع هذا للمذهب في كشف الأسرار على أصول الزيدوي جـ ٤ ص ١٣، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨، هامش الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٥ وما بعدها، الاعتماد جـ ٢ ص ١٣٧ وما بعدها، روضة الناظر جـ ١ ص ٤٠٩، الإحكام للأدي جـ ٤ ص ٢٠٩، المستصفى جـ ١ ص ٢٧٤، غاية السؤل جـ ٣ ص ١٣٩، مناهج العقول جـ ٣ ص ١٣٨، حاشية البناي جـ ٢ ص ٣٥٢.

(٣) راجع للمراجع السابقة، الإحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٧٥٧ وما بعدها ط القاصصة لصاحبها حسين حمازي.

المذهب الثالث:

وعليه جماعة من العلماء وهم يرون أن الاستحسان دليل شرعي غير مستقل فهو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، لأن مآله عند التحقيق العمل بقياس ترجح على قياس آخر، أو ترجيح نص ، أو إجماع، أو ضرورة ، أو مصلحة على قياس^(١).

الأدلة

١- **أدلة المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الاستحسان حجة ودليل شرعي تثبت به الأحكام بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول هاك بيانها:

أولاً: أدلتهم من الكتاب : استدلوا من الكتاب بما يلي :

أ - قوله تعالى : ﴿ فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب ﴾^(٢)

وجه الدلالة من الآية :

في هذه الآية الكريمة بشر الله تعالى عباده المؤمنين الذين يستمعون ويتبعون أحسن الأقوال، كما أن الآية ذُكرت في معرض التشاء والمدح على المتبعين لأحسن الأقوال.

(١) راجع التلويح على التوضيح ج٢ ص ١٦٢، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ ط دار سعادت عثمان ، أصول

الفقه الإسلامي للدكتور / بدر أبو العيين بدران ص ٢٠٥ الناشر - مؤسسة شباب الجامعة للطباعة

والنشر والتوزيع، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٤

(٢) سورة الزمر جزء من الآية ١٧، الآية : ١٨

وفي هذا يقول السرخسي: والقرآن كله حسن ثم أمر باتّباع ما أحسن^(١). أهـ.

وبهذا يكون الاستحسان أمراً مأموراً به فيكون حجة، لأن الممدوح إن كان وارداً مع العقاب على ترك الفعل فإنه يكون واجباً، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوباً. إلا أن جانب الوجوب يقوى بالآية التي سأذكرها بعد قليل . فيكون العمل بالاستحسان واجباً^(٢).

يقول الآمدي في رد الاستدلال بهذه الآية بعد ذكرها والجواب عن الآية : أنه لا دلالة له على وجوب اتباع أحسن للقول، وهو محل للنزاع^(٣). أهـ.

ويمكن أن يجاب على قول الآمدي بأن الآية تدل على هذا المعنى وتدل أيضاً على حجية الاستحسان فهي تشمل المعنيين ، وهذا لا مانع منه.

ويقول ابن حزم^(٤) في رد الاستدلال بهذه الآية : وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل : فينبعون ما استحسّنوا، وإنما قال :

(١) راجع المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥

(٢) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ١٣، المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٠، الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشيخها جـ ١ ص ٤٠٩، المتصفي جـ ١ ص ٢٧٦، تفتاوى الأصول جـ ٩ ص ٤٠٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور/عبد الحميد أبو الكارم ص ٢٤٨

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٤

(٤) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أصل جده من فارس، وهو عالم الأندلس في عصره، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ له مصنفات منها الفصل في اللال والنحل، والمغلي في الفقه، وجمهور الأنساب تولى سنة ٤٥٦هـ (راجع البداية جـ ١٢ ص ٩١ وما بعدها، الأعلام جـ ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها).

﴿ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾ وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله ﷺ هذا هو الإجماع للمتيقن من كل مسلم ، ومن قال غير هذا فليس مسلماً وهو الذي بينه الله تعالى بقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ^(١) ﴾ . ولم يقل تعالى فردوه إلى ما تستحسنون .

ومن المحال أن يكون فيما استحسنا دون برهان ، لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق ، ولبطلت الحقائق ، ولتضادت الدلائل ، وتعارضت البراهين ، ولكان تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي نهانا عنه ، وهذا محال لأنه لا يجوز أصلاً أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد . على اختلاف همهم وطبائعهم وأغراضهم ، طائفة طبعها الشدة ، وطائفة طبعها اللين ، وطائفة طبعها التصميم ، وطائفة طبعها الاحتياط ، ولا سبيل إلى الاتفاق على استحسان شيء واحد من هذه الدواعي والخواطر المهيجة ، واختلافها واختلاف نتائجها ، وموجباتها ونحن نجد الحنفيين قد استحسنا ما استحسنه المالكيون ، ونجد للمالكيين قد استحسنا قولاً قد استقبه الحنفيون ، فبطل أن يكون الحق في دين الله مردوداً إلى استحسان بعض الناس ، وإنما يكون هذا - وأعوذ بالله - ولو كان الدين ناقصاً ، فأما وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله منصوص عليه ، أو مجمع عليه فلا معنى لمن استحس شيئاً منه أو من غيره ، ولا لمن استقب أيضاً شيئاً منه أو من غيره ، والحق حق وإن استقبه الناس ،

والباطل باطل وإن استحسنته للناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى والضلال ، وبالله تعالى نعوذ به من الخذلان .

ثم قال فإن قال قائل قد ظهر الفتيا بالرأي في الصحابة فقد أجمعوا على الرضا به.

قيل له وبالله تعالى التوفيق : ليس كما تقول بل لو قال قائل : إنهم رضى الله عنهم أجمعوا على نمة لكان مصيباً، لأن الذين روى عنهم الفتيا منهم رضى الله عنهم مائة وثيف وثلاثون. ولا يحفظ الكثير منهم من الفتيا إلا عن عشرين منهم. ثم لا يحفظ عن أحد من هؤلاء المذكورين تصويب القول بالرأي ، ولا أنه دين ولا أنه لازم بل أكثرهم قد روى عنه ما أخبر به من الرأي ، وعلى أي وجه أفتى به من أنه غير لازم: ثم نعكس عليهم السؤال فنسألهم أعصم أحد من الخطأ بعد رسول الله ؟ فمن قولهم وقول جميع المسلمين أنه لم يعصم أحد من الخطأ بعد النبي ﷺ . وأن كل من دونه يخطئ ويصيب . فإذا كان الأمر كذلك أيسوغ لأحد أن يقول: إنهم قد أجمعوا على الخطأ ، وأراد تصحيح الخطأ بذلك، وهذا ما لا يقول به أحد ، وإنما يكون الإجماع صحيحاً إذا أجمعوا على صحة القول بشئ ما، ولم يصح قط عن أحد منهم القول بالرأي . وأيضاً فإنه ليس منهم أحد أفتى برأيه في مسألة إلا وقد أفتى غيره فيها بنص رواه أو موافق لنص، فإذا كان الأمر كذلك فإن الواجب عرض تلك الأقوال على القرآن والسنة فالقرآن والسنة يشهدان بصحة قول من وافق قوله النص، لا من قال برأيه وبالله تعالى نتأيد^(١).

(١) راجع الأحكام لأن حزم ج ٥ ص ٧٥٨ وما بعدها.

ويجيب على ذلك: بأن الاستحسان يوافق القرآن والسنة ، لأنه عدول عن القياس العام ، وحكم القاعدة إلى نص من كلام الله ﷻ أو الرسول ﷺ ، أو إلى إجماع أو قياس ، والعمل بالإجماع والقياس عمل بالقرآن والسنة، لأن جحتهما ثبتت بالقرآن والسنة، أو العدول إلى مصلحة شهدت لجنسها النص بالصحة فالعمل بها عمل بتلك النصوص.

ويقول الغزالي في رد الاستدلال بالآية السابقة : أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ^(١). أهـ.

ويجيب عن ذلك: بأن المراد استحسان من هو من أهل النظر والاجتهاد وهم الأئمة المجتهدون فخرج من هم سواهم.

ويقول الزركشي في رد الاستدلال بهذه الآية ، وأجاب أصحابنا عن الآية بأنها تتضمن الأخذ بالأحسن دون المستحسن ، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما^(٢). أهـ.

ويجيب عن ذلك: بأن الاستحسان مشتق من الحسن، والأحسن^(٣)، وكلاهما بمعنى واحد فدللت الآية على حجية الاستحسان .

ب- واستدلوا أيضا بقوله تعالى ﴿ واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بغتة وأنتم لا تشعرون ﴾^(٤).

وجه الدلالة : أن الآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول ، وأحسن أفعال تفضيل يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن ، وهذا يعنى ترك

(١) راجع للصفحي ج١ ص ٢٧٧

(٢) راجع البحر المحيط ج٥ ص ١٠٥

(٣) راجع للمصباح للزهر ج١ ص ١٣٦، لسان العرب ج٢ ص ٨٧٩

(٤) سورة الزمر الآية ٥٥

بعض واتباع بعض آخر لكونه أحسن^(١) فهو الاستحسان ثم إن الآية فيها أمر بالوجوب فيكون للمأمور به واجباً ، ولا معنى لحجية الاستحسان إلا هذا^(٢).

يقول الأمدى بعد ذكره هذه الآية: إن الله تعالى أمر باتباع أحسن ما أنزل ولو لا أنه حجة لما كان كذلك^(٣). أهـ.

ويقول ابن الحاجب في الاستدلال بهذه الآية : والأمر للوجوب فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان^(٤). أهـ.

يقول الغزالي معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة: إن إتيان أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأكلة فيبينوا أن هذا مما أنزل إلينا فضلاً عن أن يكون من أحسنه وهو قوله تعالى: ﴿ واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم ﴾^(٥) ثم نقول ونحن نستحسن إبطال الاستحسان ، وإلا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم^(٦). أهـ.

يجاب على ذلك:

أن الاستحسان عمل بدليل منزل لأن مرده إلى الأدلة الشرعية.

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول الزيدوى ج٤ ص ١٣، شرح اللمع ج٢ ص ٩٧٢ ج١ -

مؤسسة جواد- بيروت لبنان، روضة الناظر ج١ ص ٤٠٩، الإحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٤، شرح المعتمد

على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٩

(٢) راجع الإحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٤

(٣) راجع شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٩

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥

(٥) راجع المستصفي ج١ ص ٢٧٦ وما بعدها، وأورد الأمدى نفس الاعتراض (الإحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٥)

ويقول الشيرازي^(١) معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة أيضاً: وهذا أمر باتباع ما أنزل وكلامنا في ما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل ، فلا حجة لكم في الآية^(٢). أهـ.

يجاب عن ذلك

بما أجيب به عن الاعتراض السابق كما أن قول الشيرازي هذا مبني على أن الاستحسان قول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل، وهذا مردود وباطل لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين - على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير دليل شرعي - يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

جـ واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا لَهُ فِي الْأَنْوَاحِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَوْعِظَةٌ وَتَفْصِيلًا لِكُلِّ شَيْءٍ فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا سَأُرِيكُمْ دَارَ الْفَاسِقِينَ﴾^(٣).

وجه الدلالة:

فقد أوضحت الآية الكريمة أن قوم موسى كانوا مأمورين بأن يأخذوا بالأحسن ، وهم مأمورون بالعمل به مع وجود الحسن في التوراة، ونحن كذلك مأمورون به، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ،

(١) هو إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الفقيه الشافعي الأصول المورخ الأديب الملقب بحمال الدين، المكنى بأبي

إسحاق، ولد بغيروز آباد بلدة قريبة من شيراز وكان أنظر أعمل زمانه وتخصصهم وأكثرهم تواضعاً توفي سنة ٤٧٦

هــ (راجع المعجم جـ ١ ٣٣٤، شذرات الذهب جـ ٣ ص ٣٤٩).

(٢) راجع شرح اللع جـ ٢ ص ٩٧٢

(٣) سورة الأعراف الآية ١٤٥

وقد صار الأحسن في شرعنا. لما سبق من الآيات، وحينئذ يكون الاستحسان حجة^(١).

د - واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن الآية تدل على أن الله تعالى يريد اليسر والمسهولة لعباده، ولا يريد بهم العسر، وفي الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين^(٣).

ثانياً: دلائلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بقوله ﷺ " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن "

وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على أن ما رآه المسلمون في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع، ولولا أنه حق ما كان حسناً عند الله تعالى، فالاستحسان حجة لأنه حسن عند الله تعالى، وقالوا لو لم يكن ما يراه المسلمون ومنه الاستحسان حسناً، لما كان عند الله حسناً^(٤).

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار للبحاري ج١ ص ١٣، نهاية السؤل ج٢ ص ١٣٩، الأدلة المخطف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو الكارم ص ٢٤٨

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٥

(٣) راجع المبوط ج١ ص ١٤٥

(٤) راجع كشف الأسرار على أصول الزيدوي ج١ ص ١٣ وما بعدها، الإحكام للأزمدي ج١ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها ج١ ص ٤٠٩، نفائس الأصول ج٩ ص ٤٠٣٣، البحر المحيط ج٨ ص ١٠٤، المتصفى ج١ ص ٢٧٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٩٨ .

يقول الآمدي بعد ذكر هذا الحديث : ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسناً^(١). أهـ.

ويقول البخاري^(٢) في كشف الأسرار بعد ذكره هذا الدليل : منأ، فأما وأقواها يعنى في الدلالة على المقصود، إذ المراد بيان حسن ما دل عليه الدليل، وهذا اللفظ يدل عليه بوضعه. إذ الاستحسان وجدان الشيء وعده حالاً استحباب فيدل بوضعه المقصود على ميلان الطبع إلى الشيء والمحبة له، وذلك لا يدل على الحسن الذي هو لا محالة، فإن الطبع قد يميل إلى ما هو قبيح في الشرع والعقل. كالزنا الخمر. ألا ترى أنه استعمل هذا اللفظ في مقام الذم كما في قوله تعالى: ﴿الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة﴾^(٣). وقوله تعالى وشرب: ﴿ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة﴾^(٤). فعرفنا أن الاستحسان أفصح وأقوى من الاستحباب^(٥). أهـ.

يقول ابن الحاجب معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: المسلمون صيغة عموم فالمعنى ما رآه جميع المسلمون حسناً. فيتأول إجماع أهل الحل والعقد لا ما رآه كل واحد حسناً، وإلا لزم حسن ما رآه

(١) راجع الأحكام للآمدي ج٤ ص ٢١٤

(٢) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد ولقب بعلاء الدين البخاري. من تصانيفه شرح أصول البيهقي سماء كشف الأسرار، غاية التحقيق على أصول الأصبهاني. توفي سنة ٧٣٠هـ (راجع الفتح المليون ج٢ ص ١٣٦، الفوائد

البيهية ص ٩٤)

(٣) سورة إبراهيم من الآية ٣

(٤) سورة النحل من الآية ١٠٧

(٥) راجع كشف الأسرار على أصول البيهقي ج٤ ص ١٣ وما بعدها.

أحاد العوام حسناً ، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله . لأن الإجماع لا يكون إلا على دليل^(١) . أمـ .

أجـب عن ذلك :

بأن هذا الحديث وإن كان يدل بلفظه على حجية الإجماع، فهو يدل أيضاً بمعناه على حجية الاستحسان .

ويقول ابن حزم معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: واحتجوا في الاستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " وهذا لاتعلمه يستند إلى رسول الله ﷺ من وجه أصلاً، وأما الذي لا شك فيه فإنه لا يوجد ألبتة في مسند صحيح، وإنما نعرفه من كلام ابن مسعود^(٢) . ثم قال : " ولو أتى من وجه صحيح لما كان لهم فيه متعلق، لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط لأنه لم يقل ما رآه بعض المسلمين حسناً فهو حسن، وإنما فيه ما رآه المسلمون " فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن . وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيرهم من المسلمين، ولو كان ذلك لكننا مأمورين بالشئ وضده، وبفعل شئ وتركه معاً، وهذا محال لا سبيل إليه ثم يقال: لهم ما معنى قولكم : الاستحسان في هذه المسألة وجه كذا . فجوابهم في ذلك أحد جوابين :

(١) راجع شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٩

(٢) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب المزني من أكابر الصحابة، كان سائس من أسلم، وأول من جهر بالقراءة بحكة، له في الصحيحين ثمانية وأربعون ومائة حديثاً، وكان فقيه رأى تروي بالمدينة سنة ٣٢ هـ (راجع الفتح للبين ج ١ ص ٦٩، شذرات الذهب ج ١ ص ٣٨) .

أجدهم: ما كانوا عليه فيما قارب عصر أبي حنيفة ومالك وهو الذي يروونه أحوط وأخف أو أقرب من العادة المعهودة، أو أبعد من الشناعة، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم ، وهذا باطل بقوله تعالى: ﴿ ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى ﴾ ^(١) .وبقوله تعالى: ﴿ إن النفس لأمرارة بالسوء ﴾ ^(٢) وبقوله تعالى: ﴿ بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم ﴾ ^(٣) وقال تعالى : ﴿ ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ﴾ ^(٤) . وفي هذه الآي إبطال أن يتبع أحد ما استحسنت بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله تعالى به ، والشناعة كلها مخالفته ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ .

وجواب لهم ثان أجاب به الكرخي وهو قوله : هو أدق القياسين .
قال ابن حزم : وهذا القول يبطله كل ما نوره إن شاء الله في باب القياس.

ويقال لهم : إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضاده، ويبطله فقد صح بطلان دلالة القياس بإقراركم ، وصح بالبرهان

(١) حزه من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات .

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠

الضروري يبطال القياس كله جملة بهذا العمل، لأن الحق لا يتضاد، ولا يبطل بعضه بعضاً، ولا يضاد برهاناً برهاناً أبداً، لأن معنى المضاد أن يبطل أحد المعنيين الآخر، والشئ إذا أبطله الحق فقد بطل، والباطل لا يكون حقاً في حال كونه باطلاً. وإذا بطل بعض الشئ بعضاً فوجب أن يكون كله باطلاً. لما قلنا من أن الحق لا يبطل بعضه بعضاً. فإذا شهد بعض القياس عندكم بإبطال بعض قياس آخر. فنوع القياس كله متفاسد، مبطل بعضه بعضاً فهو كله باطل.

فإن قالوا : إن الحديث بنقض بعضه بعضاً، وكذلك الآي على سبيل النسخ، وكذلك النظر ، وليس دليلاً على بطلان جميع القرآن والحديث والنظر .

فنقول لهم : هذا تمويه شديد، ولا يجوز أن تبطل آية آية أخرى، ولا حديث حديثاً آخر إلا من طريق النسخ، أو يكون أحد الحديثين ضعيف النقل، فليس داخل حينئذ فيما أمرنا بطاعته، وكذلك النظر لأن النظر الصحيح إنما هو البرهان، وإنما تأتي أغاليط وشبه يظن قوم أنها برهان، وليست برهاناً فليس هذا داخل في النظر، وليس ما قلتم في القياسين من هذا الباب في شئ لأن القياس ليس فيه ناسخ ولا منسوخ، ولا قلتم أن أحد القياسين مموه ليس قياساً بل قلتم: هما معا قياس، فاستحسننا أحدهما، فتركتم أحد القياسين ، وأبطلتموه، وأنتم تقولون أنه قياس، وإذا كان بعض النوع باطلاً فهو كله باطل، ولا يجوز أن يجمع الحق والباطل نوع واحد أبداً.

ثم يقول : ونحن نقول لمن قال بالاستحسان : ما الفرق بين ما استحسنت أنت، واستقبجه غيرك، وبين ما استحسنته غيرك واستقبجته أنت، وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الآخر، وهذا ما لا انفكاك منه وبالله التوفيق^(١) أهـ .

يجاب عن هذا الاعتراض:

عند ذكر أدلة ابن حزم حيث إنه سيذكر هذا الاعتراض كدليل من الأدلة على عدم حجية الاستحسان ونفيه له كنفية للقياس .
ويقول الإمام الغزالي معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث . ولا حجة فيه من لوجه:

الأول: إن هذا الحديث خبر واحد لا تثبت به الأصول .

الثاني: إن المراد مراه جميع المسلمين لأنه لا يخلو أن يريد به جميع المسلمين أو آحادهم . فإن أراد الجميع فهو صحيح إذ الأمة لا تجتمع على حسن شيء إلا عن دليل، والإجماع حجة وهو مراد الخبر ، وإن أراد الآحاد لزم استحسان العوام . فإن فرق بأنهم ليسوا أهلاً للنظر قلنا : إذا كان لا ينظر في الأدلة فأبي فائدة لأهلية النظر .

الثالث: إن الصحابة أجمعوا على استحسان منع الحكم بغير دليل ولا حجة ، لأنهم مع كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه ، وما قال واحد حكمت بكذا وكذا لأنني استحسنته، ولو قال ذلك لشددوا

(١) راجع الأحكام لاس حزم ج٢ ص ٧٥٩ وما بعدها

الإنكار عليه، وقال من أنت حتى يكون استحسانك شرعاً. وتكون
شارعاً لنا؟.

وما قال معاذ^(١) حين بعثه إلى اليمن إنني أستحسن،
بل ذكر الكتاب والسنة والاجتهاد^(٢) فقط^(٣). أهـ.

أجيب عن ذلك بما يلي:

١- أما كون هذا الخبر خبر آحاد فإن خبر الآحاد تثبت به المسائل
العملية عند جمهور العلماء . كما تثبت به حجية مصادر الاستنباط
الشرعية.

والإمام الغزالي لا يعمل بخبر الواحد، مع أن خبر الواحد يجب العمل
به وإلا لضاع كثير من الأحكام.

٢- أما كون الحديث يدل على حجية الإجماع، فهو أيضاً يدل بمعناه على
حجية الاستحسان ثم إن المراد بالمسلمين في الحديث هم أهل الحل
والعقد ولا يدخل فيهم الصبيان والعوام.

(١) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أنس أبو عبد الرحمن الأنصاري الخزرجي أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأُتي النبي صلى الله عليه وسلم به وبين جعفر بن أبي طالب توفي سنة ١٧ هـ
(راجع المعجم جـ ١ ص ١٧، تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ١٩).

(٢) وحديث معاذ هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً فقال له كيف تقضى؟
قال أقتضي بما في كتاب الله قال: فإن لم يكن في كتاب الله قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم
يكن في سنة رسول الله قال: أجتهد رأيي قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله (راجع
عروضة الأجهوزي جـ ٦ ص ٦٩ باب حدثنا هناد ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - سنن أبي داود جـ ٣
ص ٣٠٣ باب اجتهد الرأي الناشر - دار إحياء السنة النبوية).

(٣) راجع للمستغنى جـ ١ ص ٢٧٨ وما بعدها.

٣- إن الاستحسان ليس حكماً بغير دليل بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية، أما إن معاذاً لم يقل : استحسن وقال اجتهد فإن الاستحسان هو أيضاً عدول عن قياس ظاهر إلى آخر خفي لما فيه من المصلحة ، والقياس اجتهد فكانه قال : بالاستحسان حين قال بالاجتهاد.

ويقول الشيرازي معترضاً على الاستدلال بالحديث السابق والجواب أن المراد بذلك ما أجمع المسلمون عليه من أهل الحل والعقد، وعندها ما استحسنه أهل الإجماع فهو حسن عند الله ، ويجب العمل به والمصير إليه^(١). أهـ.

ويقول الأمدى أيضاً فإن قوله: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " ^(٢). إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة، ولا يكون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً أنه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسناً أن يكون حسناً عند الله وهو ممتنع^(٣). أهـ.

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به على الاعتراض السابق فلا داعي لتكراره.

ثالثاً : دلائلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب بالإجماع فقالوا أجمعت الأمة على دخول الحمام من غير تقدير أجره ، وعوض الماء، وتقدير مدة السكون

(١) راجع شرح التمع ج٢ ص ٩٧٢

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع الإحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٥

واللبث فيه، وكذا شرب الماء من أيدي السفائقين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن للناس تركه، مع أننا نقطع أن الإجارة المجهولة، أو مدة الاستئجار أو مقدار المشتري إذا جهل فهو ممنوع، وقد استحسنت إجارته مع مخالفة الدليل، فلولى أن يجوز إذا لم يخالف دليلاً^(١).

يقول الغزالي في رد هذا الاستدلال: والجواب من وجهين:

الأول: أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل ولعل الدليل جريان ذلك في عصر الرسول ﷺ مع معرفته به، وتقريبه عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة بسبب الرخصة.

الثاني: أن نقول: شرب الماء بتسليم السقاء مباح. وإذا أتلّف ماءه فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما بذله في الغالب، وما يبيّذه في الغالب يكون ثمن المثل فيقبله السقاء. فإن منع فعليه مطالبته فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة، وترك المماكسة في العوض، وهذا مدلول عليه من الشرع، وكذلك داخل الحمام مستباح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقرينة حال الحمامي، ثم ما يبيّذه إن ارتضى به

(١) راجع شرح العبد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٩، البوط جـ ١ ص ١٤٥ التوضيح جـ ٢ ص

١٦٢، الإحكام للأندلسي جـ ٤ ص ٢١٤، الاحتصام جـ ٢ ص ١٣٧، شرح المصباح جـ ٢ ص ٩٧٣،

روضة الناظر وشرحها جـ ١ ص ٤٠٩، البحر المحيط جـ ٤ ص ١٠٤ وما بعدها، فتاوى الأصول جـ ٩ ص

٤٠٣٣، الآيات البينات جـ ٤ ص ٢٦٥

الحمامي ، واكتفى به عوضاً أخذه، وإلا طالبه بالمزيد إن شاء.
فليس هذا أمراً مبدعاً ، ولكنه منقاس والقياس حجة^(١). أهـ.

وبما جاء على ذلك:

بأن الإجماع انعقد بعد وفاته ﷺ على إباحة هذه الأشياء، وإن كانت على خلاف القياس الذي يقضى بعدم جوازها، لكن قلنا: بجوازها استحساناً دفعاً للحرص والمشقة فكان العدول هنا من القياس العام إلى الإجماع للمصلحة التي اقتضت العدول.

ويقول الأمدي معترضاً على هذا الاستدلال وعن الإجماع على الاستحسان ما ذكره : لا نعلم أن استحسانهم هو الدليل على صحته بل الدليل ما دل على استحسانهم له وهو جريان ذلك في زمن النبي ﷺ ، مع علمه به وتقريره لهم عليه أو غير ذلك^(٢). أهـ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الأمور وإن كانت ثابتة بالسنة من جهة تقريره ﷺ لهم عليه أو علمه به ولم ينكر عليهم . فإنها جاءت على خلاف القياس وعدلنا عن هذا القياس إلى السنة استحساناً وهذا ما يسمى بالاستحسان بالنص.

ويقول الزركشي معترضاً على هذا الاستدلال : وعن الإجماع بأن المصير إليه بالإجماع لا بالاستحسان^(٣). أهـ.

(١) راجع المستصفى جـ ١ ص ٢٧٩ وما بعدها، روضة الناظر وشرحها جـ ١ ص ٤١١

(٢) راجع الأحكام للأمدي جـ ٤ ص ٢١٥

(٣) راجع البحر المحيط جـ ٥ ص ١٠٥

أجيب عن ذلك:

سلمنا أن المصير في هذه الأمور بالإجماع لكنها شرعت خسلاف القياس ، لأن القياس يقضى بعدم جوازها للجهالة فيها المفضية إلى المنازعة لكن عدلنا عن القياس إلى الإجماع بالاستحسان للمصلحة فكان إجماعاً مستحسناً.

وابعا : أدلتهم من المعقول:

استدل القائلون بأن الاستحسان حجة بالمعقول، وقد انحصرت في ثلاثة أمور :

الأول: أن الاستحسان ثبت بالأدلة المتفق عليها، فكان حجة ، لأنه إما أن يثبت بالأثر وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالقياس، وإما بالمصلحة ، وإما بالعرف .

الثاني: أنه ثبت من استقراء الوقائع وإحكاها ، أن إطراد القياس أو استمرار العموم، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة للناس، لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات تجعل الحكم فيها بموجب القياس يجلب المفسدة، أو يفوت المصلحة ، فمن العدل والرحمة بالناس. أن يفتح الله للمجتهدين باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس، إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع للمفسدة، وهذا هو الاستحسان.

الثالث: أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية . أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس، أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة أو درءاً للمفسدة، فحرم الميتة والدم،

وأباحها للمضطر، وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه، واستثنى من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. ورسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في المسلم^(١). وهو عدول عن عموم الحكم، أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول^(٢).

قال صدر الشريعة : أنا نعني به أى بالاستحسان - دليلا من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلي^(٣). أهـ

وقال صاحب التلويح^(٤) : إن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة^(٥). أهـ

٢- أدلة المذهب الثاني : المنكرين لحجية الاستحسان

بعد أن ذكرنا أدلة المثبتين للاستحسان وحجيته، والاعتراضات الواردة عليها، فإننا نذكر أدلة المنكرين للاستحسان وأبدأ بأدلة الشافعية ثم بأدلة الظاهرية ومن معهم.

(١) سيأتي هذا الحديث بعد قليل في أنواع الاستحسان .

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ٥٠، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها، أصول السرعي جـ ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، شرح المنار وخواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الهداية وشرحها جـ ٧ ص ٧١

(٣) راجع التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣

(٤) هو سعد الدين بن مسعود بن عمر الفشتاذلي من أئمة العربية والبيان والمطابق، ولد سنة ٧١٢ هـ من كبة لمذهب المنطقي، والمطوّل، ومقاصد الطالبين بوحاشية على شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح (راجع الأعلام جـ ٧ ص ٢١٩

(٥) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢

أولاً: أدلة الشافعية:

أبطل الإمام الشافعي الاستحسان حتى أنه عقد لذلك فصلاً قائماً بذاته في كتاب الأم بعنوان إبطال الاستحسان، ولنسق أدلة الإبطال التي ساقها ، ومنها تعرف على أي أنواع الاستحسان ينطبق، وهي تتلخص في أدلة ساقها في مواضع منشورة من الرسالة، وكتاب إبطال الاستحسان يمكن تلخيصها فيما يلي:

١- إن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى، بل أمره ونهاه، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً، أو حملاً على نص بالقياس وما الاستحسان ؟ أهو منهما لم من غيرهما ؟ فإن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم، وذلك يناقض قوله تعالى: ﴿ أَيْحَسِبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يَتْرَكَ سُدًى فَالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالاً لنص يناقض تلك الآية الكريمة وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي في الأم : فإن قال قائل: فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله ﷻ: ﴿ أَيْحَسِبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يَتْرَكَ سُدًى ﴾ فلم يختلف أهل العلم بالقرآن - فيما علمت- أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به. فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى، ورأى أن قال : أقول بما شئت، وأدعي

ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنة، فخالف منهج النبيين ،
وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين.

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسول ﷺ بما أوحى إليه ، وانتظاره
الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين
الناس بما أوحى إليه به. فقد قال الله ﷻ لنبيه عليه الصلاة والسلام ﴿اتَّبِعْ
مَا أَوْحَى إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ﴾^(١). وقال تعالى : ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ
اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾^(٢). ثم جاءه قوم فسألوه عن أصحاب الكهف
وغيرهم فقال : أعلمكم غداً يعني أسأل جبريل ثم أعلمكم فأنزل الله ﷻ
﴿وَلَا تَقُولُنَّ لَنْشَى إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾^(٣). وجاءته امرأة
أوس بن الصامت^(٤). تشكو إليه أوساً فلم يجبها^(٥) حتى أنزل الله ﷻ فيه
﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾^(٦).

٢- استدل بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ
وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ
كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٧). وبقوله

(١) سورة الأنعام من الآية ١٠٦

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩

(٣) سورة الكهف الآية ٢٤

(٤) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أحرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن الخزرج الأنصاري . نحو عبادة بن
الصامت ذكروه فيمن شهداً بدمراً والمشاهد، كان أول من ظاهر في الإسلام من بنت عم له توفي ٣٤ هـ (راجع

الإصابة جـ ١ ص ١٣٧)

(٥) راجع الأم جـ ٧ ص ٢٩٨

(٦) سورة المجادلة من الآية ١

(٧) سورة النساء الآية ٥٩

تعالى ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿ من يطع الرسول فقد أطاع الله ﴾^(٢).

وجه الدلالة:

دللت هذه الآيات على أن للمؤمن يجب عليه اتباع كتاب الله وسنة رسوله ، وعلى ذلك يجب عليه اتباع كل ما جاء فيهما من أحكام نصاً أو دلالة ، والإجماع مستمد من السنة النبوية ، فالعمل به عمل بالسنة ، والعمل بالقياس دل عليه الكتاب والسنة ، فالعمل به عمل بالكتاب والسنة أما العمل بالاستحسان فإنه ليس اتباعاً للكتاب ولا السنة ، وهو شئ غير الإجماع والقياس ، فالأخذ به إذاً زيادة على ما جاء في هذه المصادر التي أوجبت النصوص السابقة العمل بها فكان العمل بالاستحسان والأخذ به باطلاً ومربوداً^(٣).

٣- لا يجوز للمجتهد الحكم إلا عن طريق النص ، أو الإجماع ، أو القياس عليهما ، وأن الاجتهاد بطريق الاستحسان ، غير داخل في اتباع النص أو الإجماع ، ولا في اتباع القياس عليهما.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله ، ولا في القياس. ثم قال ، أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك ، لأنه إذا أمر النبي ﷺ

(١) سورة الحشر من الآية ٧

(٢) سورة النساء من الآية ٨٠

(٣) راجع الأم جـ ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها.

بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء ، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس.

وقال أيضاً : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة ، والإجماع والآثار، وما وصفت من القياس عليها^(١). أهـ

وقال في الأم: وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً، أو دلالة من الله، فقد جعل الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ : فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة، فإن قال : وما النص والجملة . قيل : النص ما حرم الله، وأحل نصاً؛ حرم الأمهات، والجذات، والعمات، والخالات، ومن ذكر معهن، وأباح من سواهن وحرم الميتة والدم، ولحم الخنزير، والنفوحش ما ظهر منها وما بطن ، وأمر بالوضوء فقال: ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ﴾^(٢).

فكان مكتفي بالتنزيل هذا عن الاستدلال فيما نزل فيه مع أشباه له. فإن قيل فما للجملة ؟ قيل : ما فرض الله من صلاة، وزكاة، وحج فدل رسول الله ﷺ كيف الصلاة، وعددها، ووقتها والعمل فيها، وكيف الزكاة، وفي أي المال هي، وفي أي وقت هي، وكما قدرها، وبين كيف الحج والعمل فيه، وما يدخل به فيه، وما يخرج به منه^(٣): أهـ

(١) راجع الرسالة للشافعي ص ٥٠٥ إلى ص ٥٠٨ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

(٢) سورة المائدة من الآية ٦

(٣) راجع الأم ج ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها.

٤- إن الاجتهاد بالاستحسان أساسه العقل وفيه مستوى الجاهل والعالم ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خير. لجواز ذلك أيضاً لغيره من العوام- أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضاً، وهذا لا يجوز بالاتفاق لأن الاجتهاد لا يجوز إلا لمن جمع آلة الاجتهاد، وكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل استحسن بغير قياس ؟ فقلت لايجوز هذا عندي لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر- بالقياس على الخبر- ، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول- من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرونهم من الاستحسان .

وقال ولو قال : بلا خبر لازم ، ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم وكان القول لغير أهل العلم جائزاً^(١). أ.هـ .

وقال الشافعي في الأم : ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ، ولا قياس عليه. كان محجوجاً. بأن معنى قوله: أفتل ما هويت ، وإن لم أؤمر به - مخالف معنى الكتاب والسنة - فكان محجوجاً على لسانه - ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل ما هو ؟ قيل : لأعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتي، ولا يحكم برأى نفسه. إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس. من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل - لتفصيل للمشتبه.

(١) راجع الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها.

فإن زعموا هذا، قيل لهم : ولما لم يجز لأهل العقول التي تفوق كثيراً من عقول أهل العلم بالقرآن ، والسنة، والفتيا- أن يقولوا فيما قد نزل، مما يعملونه معاً . أن ليس فيه كتاب، ولا منة، ولا إجماع، وهم أوفر عقولا. وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم^(١) ؟ أ.هـ

٥- إن الاستحسان لا ضابط له، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل حاكم أو مفت أن يقول بالاستحسان فيما لا نص فيه ، لأدى ذلك إلى وجود أحكام كثيرة مختلفة في المسألة الواحدة لا ضابط لها، ولا يتبين وجه الحق فيها.

وفي هذا المعنى يقول الشافعي في الأم : أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة - ليس فيها نص ولا قياس - وقال استحسن ، فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن ، فيقال: في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم حيث شاعوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه^(٢). أ.هـ

٦- إن النبي ﷺ ما كان يفتي باستحسانه ، وهو الذي لا ينطق عن الهوى فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته: أنت علي كظهر أمي . فلم يفت

(١) راجع الأم ٧٥٠ ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٢) راجع الأم ٧٥٠ ص ٣٠٧

باستحسانه. بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار وكفارتها^(١). ومسل
عن وجد مع امرأته رجلا ويتهما فانتظر حتى نزلت آية اللعان^(٢)
ولو كان لأحد أن يفتي بذوقه الفقهي، لو باستحسانه، لكان سيد
المرسلين محمد ﷺ : فامتناعه عنه يوجب علينا أن نمتنع عن
الاستحسان من غير اعتماد على نص، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة
حسنة لقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿لقد كان لكم في رسول الله ﷺ أسوة
حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر ونكر الله كثيراً﴾^(٣).

٧- إن النبي ﷺ استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه، وأفتوا
بأستحسانهم، فقد أنكر بعض الصحابة أنهم أحرقوا مشركاً لاذ بشجرة،
واستنكر على أسامة بن زيد^(٤) عندما قتل رجلاً قال لا إله إلا الله لأنه
قالها تحت حر السيف، ولو كان الاستحسان جائزاً ما استنكر عملهم^(٥).

(١) وهي قوله تعالى "الذين يظاهرون من نسائهم ما هن أمهاتهم إلا الآلاتي ولهم ولهنم ما قلوا فحرم رقبته من قبل أن يناسا
القول وزوراً وإن الله لغير غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودوا لما قالوا فتحرير رقبته من قبل أن يناسا
ذلكم توعدون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يناسا فمن لم يستطع
فإطعام ستين مسكياً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم " . الآيات ٣٠، ٣١ من
سورة المائدة.

(٢) وهي الآيات ٩٤، ٩٥، ٩٦، من سورة النور.

(٣) سورة الأحزاب من الآية ٢١

(٤) هو بن حارثة بن عبد العزيز بن إيرى القيس بن عامر بن النضال بن حارثة الكلبي، حب رسول الله ﷺ وابن جبهه،
وهو الذي قال عنه عمر المدخلي أن أسامة وزيداً عليهما قطعة قد عطاها يوسهها، وبدأت أفداهما فقال إن هذه
الأقدام بعضهما من بعض توفي سنة ٥٤ هـ (راجع المعبر ج ١ ص ٤٢، طبقات ابن سعد ج ٤ ص ٦٢).

(٥) راجع أدلة الإمام الشافعي على إبطال الاستحسان في الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها، الأم ج ٧ ص ٢٩٨ وما
بعدها، البحر المحيط ج ٥ ص ١٠٤، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٥٢ وما بعدها، بحث في الأدلة
المختلف فيها الأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٣ وما بعدها، الأدلة المختلفة فيها لأسنادي
الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧ وما بعدها ط الجبلاوي شرا - مصر.

وبعد فهذه أبرز الأدلة التي ساقها الإمام الشافعي لإبطال الاستحسان ، وأنت ترى أن هذه الأدلة والمعاني لا تصلح محلاً للنزاع. لأنها بعيدة كل البعد عن الاستحسان الذي قال به غيره من العلماء ، فالاستحسان الذي رده الشافعي هو المبني على الرأي المحض ، فإن هذا المعنى لا يقول به أحد ممن عملوا بالاستحسان ، والذي قال به الحنفية والمالكية والحنابلة شئ آخر غير هذا ، وهم أجل قدرأ وأشد ورعأ ، وخوفاً من الله تعالى من أن يقولوا في دين الله بالنشهي والعقل من غير الاعتماد على دليل شرعي.

على أن الإمام الشافعي مصيب في رأيه، وما قاله هو الحق، فمن استحسن بالمعنى الذي أراده فقد شرع وتجراً على الله ورسوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان بهذا المعنى، ولو علم الشافعي مراد غيره من الاستحسان الاصطلاحي الذي استقر معناه، وضبط بعد عصوه على يد المتأخرين من الحنفية والمالكية لما أنكره، وكيف ينكره وقد عمل به في واقع الأمر في بعض الفروع لفقهية، ولكنه أرجع الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس ، فقد وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيراً من مسائل الاستحسان.

قال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان من غير دليل فهو باطل ولا يقول به أحد^(١). أهـ.

وقال صاحب التلويح: لما اختلفت العبارات في تفسير الاستحسان مع أنه يطلق في اللغة على ما يهواه الإنسان ، ويميل إليه وإن كان

(١) راجع إرشاد الفحول ص: ٢٤١

مستقباً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسناً حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه، وبعد ما استقرت الآراء على أنه اسم للدليل متفق عليه نصاً كان أو إجماعاً، أو قياساً خفياً وقع في مقابلة قياس تسبق إليه الإقحام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف^(١). أهـ.

ويقول أبو زهرة : بعد ذكره للأدلة السابقة وأن هذه الأدلة كلها لا ترد على الاستحسان الحنفي، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، واعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف فإن كل أنواع الاستحسان الحنفي لا يرد عليه اعتراض من اعتراضات الشافعي، لأنه مبني على الأصول التي لا يسع الإمام الشافعي أن يخالفها، إذ هو في إحدى صورته ضرب من ضروب القياس، وفي الأخرى اعتماد على النص، أو الإجماع، أو الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار، وبها يخالف للنص، فأولى أن يخالف بها للقياس^(٢). أهـ.

(١) راجع الطويج على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٥٤

وقال الماوردي^(١) : فلم يخل ما استحسنته الإمام الشافعي ﷺ من دليل اقترن به، والاستحسان بالدليل معمول به، وإنما تتكرر للعمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل^(٢). أمـ.

وخلاصة ما ذكره الشافعي عن إبطال الاستحسان، يفيد أنه أنكر العمل بالاستحسان الذي لا يستند إلى دليل شرعي، وأما ما يستند إلى دليل شرعي فهو جائز عنده، كما هو جائز عند غيره.

ثانياً : أدلة ابن حزم ومن معه على نفيهم الاستحسان تبعاً لنفيهم القياس: فقد استدلوا بما يأتي :

١- قوله تعالى: ﴿ فَبِإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾^(٣).

فقد أمر الله تعالى برد المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون ، وإذا لم يبق إلا الاستحسان المطلق : فليس استحسان زيد أولى من استحسان عمرو، ويصير الدين هملاً. غير حقيقة، وحراماً وحلالاً معاً، وهذا باطل فبطل القول بالاستحسان.

٢- من الباطل أن يكون الحق في دين الله ﷻ مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما هذا - وأعوذ بالله- لو كان الدين ناقصاً . فإما

(١) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب المصري الشافعي، مصنف الحاوي، والإقناع، وأدب الدين والدنيا، وعمر ذلك، كان إماماً في الفقه والأصول والتصنيف بصراً بالعربية، توفي سنة ٤٥٠هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٣ ص ٢٨٥)، طبقات الشافعية للسبكي جـ ٣ ص ٣٠٣.

(٢) راجع أدب القاضي للماوردي جـ ١ ص ٦٦٠

(٣) سورة النساء من الآية ٥٩

وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله، منصوب عليه، أو مجمع عليه، فلا معنى لمن استحسّن شيء منه، أو من غيره، ولا لمن استقبّح شيئاً منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبّحه الناس، والباطل باطل وإن استحسّنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة ، واتباع للهوى والضلّال.

٣- إن الاستحسان الذي كانوا عليه فيما قارب عصر أبي حنيفة ومالك هو الذي يرونه أحوط، أو أخف، أو أقرب من العادة والمعهود ، أو أبعد من الشناعة ، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم وهذا باطل بقوله تعالى: ﴿ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿إن النفس لأمر بالسوء إلا ما رحم ربي﴾^(٢). ويقول تعالى: ﴿يل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم﴾^(٣). ويقول تعالى: ﴿ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله﴾^(٤) لبطلت هذه الآيات أن يتبع أحد ما استحسّن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورزقهم ، وباعث للرسول إليهم، والاحتياط كله اتباع، ما أمر الله تعالى به، والشناعة كلها مخالفة، ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات.

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩.

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠.

الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه ، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ

٤- قوله تعالى: ﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيء ﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين﴾^(٣).

فقد أوضحت هذه الآيات الكريمات. أن القرآن قد اشتمل على جميع الأحكام، فلا توجد حاجة لغيره لإثبات الأحكام كالقياس، والاستحسان ، لأن القرآن لم يترك حكماً إلا وقد بينه.

٥- قوله تعالى ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾^(٤). وقوله تعالى : ﴿وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون﴾^(٥).

فقد نهى الله تعالى في هاتين الآيتين عن القول بغير علم، كما نهى عن اتباع الظن، إذ أن القول بغير علم لا يغني من الحق شيئاً فيكون منهياً عنه بطريقة المنطوق، وحينئذ فإن العمل بالاستحسان يكون منهياً عنه، لأنه قول بدون علم كالقياس سواء بسواء.

٦- قوله تعالى : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾^(٦).

(١) سورة الأنعام من الآية ٣٨.

(٢) سورة النحل من الآية ٨٩.

(٣) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

(٤) سورة الإسراء من الآية ٣٦.

(٥) سورة البقرة من الآية ١٦٩.

(٦) سورة المائدة من الآية ٤٩.

إن الله تعالى أمر نبيه محمداً ﷺ بالحكم بين الخلق بما أنزل الله تعالى ، وحينئذ فإن الحكم بغير ما أنزل الله يكون خلاً وبدعة، وهذا ما نهت عنه الآية الكريمة مفهوماً، والاستحسان لم يكن فيه حكم الله تعالى، وحينئذ يكون العمل به مخالفاً لما أمر الله به ﷺ .

٧- واستدلوا على إبطال الاستحسان. بإجماع الصحابة على عدم استعمال الرأي ، والاستحسان فرع منه ومن ذلك قول عمرو ^(١) :
 " إياكم وأصحاب الرأي فبتهم أعداء المنن أعتهم الأحاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا ، وأضلوا " ^(٢).

هذا ويعد عرض أدلة ابن حزم على نفيه الاستحسان كنفه القياس فإنه يمكن أن يرد عليه بما يلي :

١- إن ابن حزم لا يقول بحجية القياس، وينكر العمل به، ومن تعريفات الاستحسان أنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه* وقد ثبتت حجية القياس عند جميع الأئمة بالكتاب والسنة فلا معنى لمخالفته.

٢- إن الاستحسان راجع إلى الأدلة المتفق عليها لأنه عبارة عن استثناء من للقواعد العامة سواء كانت نصاً وإجماعاً، أو قياساً. فالرد بالاستحسان يكون رداً إلى كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ.

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح- القرشي العدوي أبو حفص، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة- يوقع بالخلافة يوم وفاة سيدنا أبي بكر رضى الله عنهما، وهو أول من وضع التفرقة المحري. طبعه أبو لؤلؤة الجوسي بخنصر وهو في صلاة الصبح تولى سنة ١٣هـ- (راجع الإصابات جـ ٧ ص ٧٤، البداية جـ ٣ ص ٣١، وشذرات الذهب جـ ١ ص ٢٣)

(٢) هذا الأثر رواه ابن عبد البر من طريقة الشافعي عن عمر بن حريث عن عمر بن الخطاب (راجع جامع بيان العلم وفضله جـ ٢ ص ١٣٥ ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان)

٣- إن قوله " ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوه بدون برهان إلخ فيرد عليه : بأن الاستحسان لم يكن قولاً بدون دليل حتى يؤدي ما ذكره من أمور.

٤- إن قوله : بأن الاستحسان كله ظنون فاسدة ، والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى ورسوله ... إلخ.

يجاب عن ذلك :

إن الاستحسان ليس قولاً بما اشتبهت النفوس دون دليل، حتى يكون الأخذ به تبعاً للهوى أو الظنون الفاسدة، أو يكون الأخذ بما تمليه النفس الأمارة بالسوء بغير علم ولا هدى من الله تعالى ، بل هو اتباع للنصوص، أو الإجماع، فالعمل به عمل بدليل صحيح شرعاً. وأما قوله : والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ ... إلخ.

فيقال له : إن العمل بالاستحسان إنما يشرع عندما يكون إطراد العمل بالقياس مؤدياً إلى الغلو والوقوع في الظلم، أو وقوع الحرج والمشقة على المكلفين، فإن هذا العمل أخذ بالاحتياط لرفع الحرج والظلم عن المكلفين، وقد قال الله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾^(١).

٥- إن قوله بأن القرآن اشتمل على جميع الأحكام إلخ فيقال له : بأن للقرآن الكريم حوى أصول الدين وقواعد الأحكام العامة، ونص على بعضها، وترك بيان بعضها الآخر لرسول الله ﷺ ، وحيث ثبت أن الله

(١) سورة الحج من الآية ٧٨.

أرسل رسوله ليبين للناس أحكام دينهم، ووجب عليهم اتباعه كان بيانه للأحكام بياناً للقرآن، والاستحسان في جملته راجع إلى القرآن أو السنة، أو إلى غيرهما كما سبق للقول.

٦- إن قوله: بأن الله نهى عن اتباع الظن إلخ.

فيقال : له إن الظن المنهي عنه يجب أن يكون خاصاً بالأصول دون الفروع، لأن الفروع يكتفي فيها بالظن فالعمل فيها بالظن غير منهي عنه.

٧- قوله إن الله أمر رسوله أن يحكم بين الناس بما أنزل الله إلخ.

فيقال له إن الاستحسان كما سبق للقول راجع في جملته إلى الأدلة المتفق عليها سواء أكانت نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وليس حكماً بالهوى والتشهي من غير دليل .

٨- قوله إن عمر بن الخطاب حذر من أصحاب الرأي .. إلخ

فيقال له إن نهى عمر بن الخطاب من استعمال الرأي، إنما المراد به الرأي المبني على الهوى، وهذا لا يجوز باتفاق الأئمة ، وأما الرأي المبني على دليل فإنه لا ينكره أحد : كما أن النبي ﷺ أقر الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على اجتهداهم، والعمل برأيهم في كثير من المسائل، ولو كان المسلمون ممنوعين من إعمال الرأي والاجتهاد في حمل فرع على أصل، وفي إعمال قياس خفي في مقابلة قياس جلي لما أقرهم النبي ﷺ على العمل برأيهم، وليبين لهم حكم ذلك ، ولكنه لم يبين فدل ذلك على أنه جائز.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة معلقاً على هذه الأدلة السابقة لابن

حزم : وإن نظرة واحدة في هذه الأدلة نجدها تبني على أصليين:

أحدهما : أن النصوص القرآنية والنبوية قد أتت بكل الأحكام لازمها ونقلها ومكروها، ومباحها .

الثاني : أن القياس زيادة على النصوص الكاملة لعمل الإنسان لا بشرع الأديان.

وبمناقشة هذه الأدلة يتضح أن النصوص قد أتت بكل شيء، ولم تبق شيئاً من غير بيان بالعبارة، أو الإشارة ، بيد أن الظاهريين يقصرون البيان على العبارة وحدها، ولا يتجاوزونها، والجمهور يوسعون معنى الدلالة، فيقولون إن الدلالة على الأحكام بالفاظها، وبالدلائل العامة التي تبينها مقاصد الشريعة، في جملة نصوصها وعامة أحوالها.

فإذا قال الشارع مثلاً : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ﴾^(١). كان ذلك نصاً على الخمر بالعبارة ، وفيه دلائل تشير إلى أن كل ما فيه ضرر غالب يكون حراماً، فحرمت لما فيه من ضرر غالب. إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ﴾^(٢). فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى يكون حراماً بهذا النص العام، وبذلك يتبين أن ما يقوم له القياس يعتمد على النص، وهو في حقيقته إعمال للنص

(١) سورة المائدة من الآية ٩٠

(٢) سورة البقرة من الآية ٢١٩

كما بينا وإذا كان القياس إعمالا للنص، فيكون من بيان الشريعة ، وإذن ينهدم الأصل الثاني، وهو منافاة القياس لكمال النص.

وقد قلنا : إن تعليل النصوص هو أساس الخلاف بين مثبتي القياس ونفاته فنفاته نفوا التعليل فقصروا النصوص على العبارة ، ومثبتوه أثبتوا التعليل، فاعتبروا القياس إعمالا للنصوص.

وفي الحقيقة أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصوص، فقد أدامهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة، فقد قرروا أن بول الأدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعدم النص، وأن لعاب الكلب نجس، وبوله طاهر، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

ومن هذا القول يتضح لنا أن للظاهرة ومن معهم قد وقفوا عند النصوص الواردة فقط ، ولم يتوسعوا في الأدلة، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، بخلاف الجمهور من العلماء حيث إنهم أخذوا بالنصوص الواردة وبالقياس المبني على أصوله على الأدلة ، لوجود علة بين الفروع والأصل، وبروح الشريعة في رفع الحرج والمثقة على الناس، كما أنهم قالوا بتعليل الأحكام، واستعمال الرأي ومنه الاستحسان الذي هو إعمال قياس خفي في مقابل قياس جلي فكان الخلاف بين الجمهور والظاهريين واسعاً في الأمور التي أخذ بها الجمهور.

ولم يكن ما فعله الجمهور على غير سند، بل اتبعوا نهج الأوليين من الصحابة والتابعين من أجل هذا قيص الله تعالى لشريعته من يدافع عنها، ويبطل حجج ابن حزم وغيره، فقد تصدى لأرائه ابن القيم

الجوزية^(١) في كتابه أعلام الموقعين، وذكر كثيراً من الشبه التي ساقها ابن حزم وفندها ورد عليها واحدة بعد الأخرى حتى هوت جميعها ولم تقم له ولأمثاله قائمة^(٢).

وبعد ذلك تبين أنه لا يوجد دليل من الأدلة التي ساقها ابن حزم لإبطال العمل بالاستحسان يصلح لمقصوده.

دليل المذهب الثالث:

القائل بأن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً .

استتلوا: بأننا لو نظرنا إلى كل نوع من أنواع الاستحسان ، يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره، هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة.

فالقياس الخفي الذي ترجع على قياس جلي، حكمه ثابت بالقياس غاية الأمر: أن المجتهد رجح أحد القياسين ، لأن مناسبته أظهر وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى، وكذا الاستحسان الذي ثبت بالنص، وقدم على القياس، والحكم الثابت بالعرف، أو للضرورة، أو المصلحة،

(١) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الإمام شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ من مصنفاته إغارة اللفهان من مصائد الشيطان، وتلبيس إبليس وأعلام الموقعين عن رب العالمين وغير ذلك (راجع هدية المارفين جـ ٢ ص ١٥٨)

(٢) راجع أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان، وما أجيب به عن هذه الأدلة في الأحكام لابن حزم جـ ٦ ص ٧٥٨ وما بعدها، جـ ٧ ص ١٠٥٥ وما بعدها، شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٤٨ وما بعدها، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٠٦ وما بعدها، غاية السؤل جـ ٢ ص ٢١ وما بعدها، مناهج العقول جـ ٢ ص ١٧ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص ٢١٠ وما بعدها، أعلام الموقعين جـ ١ ص ٢ وما بعدها الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٥ وما بعدها.

وكلها أحكام ثبتت بالأدلة الشرعية ، فليس هناك دليلاً مستقلاً يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص، والإجماع والقياس يسمى استحساناً^(١).

ولعل سائلاً يسأل ويقول ؟ إذا كان الاستحسان راجعاً إلى الأدلة الشرعية المسلم بحجيتها وليس دليلاً شرعياً مستقلاً فلماذا سمي هذا النوع من الأدلة بالاستحسان؟ وخصوصاً إذا وجدنا أن الاستحسان الذي مسنده النص نجد أن الحكم ثابت بالنص، والذي مسنده العرف يكون ثابتاً بالعرف، والذي مسنده قياس خفي ترجح على قياس جلي نجد أن الحكم المستحسن ثابت بالقياس.

فأجاب المرخسي عن هذا السؤال بقوله : سمي بالاستحسان للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل على معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله، وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد ، فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التفسير ، وهذا نصب على المصدر، وهذا نصب على الظرف، وهذا نصب على التعجب، وما وضعوا هذه العبارات إلا للتمييز بين الأدوات الناصبة ، وأهل العروض يقولون: هذا من البحر الطويل، وهذا من البحر المتقارب، وهذا من البحر المديد، فكذاك استعمال علماؤنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين ، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً، ولكونه مائلاً عن سنن القياس الظاهر، فكان هذا الاسم

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العنسين بسدران ص

٢٠٦، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / حلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧

مستعاراً لوجود معنى الاسم فيه، بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء . ثم أطلقت على العبادة المشتمة على الأركان من الأفعال والأقوال لما فيها من الدعاء عادة^(١) أهـ .

وأرى أن هذا المذهب لا يخالف المذهب الأول للجمهور إلا في كون الاستحسان هل هو دليل مستقل قائم برأسه. أم أنه دليل غير مستقل وهو يرجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى ؟

فكثير من العلماء الذين يرون أن الاستحسان حجة يرون أنه ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو دليل راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، وتسميته بالاستحسان للتمييز بينه وبين الدليلين المتعارضين، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً.

وبعض العلماء يرون أن الاستحسان دليل مستقل كالقياس سواءً بسواء. وهذا الخلاف لا يترتب عليه كثير فائدة لأن كلا من الفريقين يرون أن الاستحسان حجة يجب العمل به.

هذا وبعد عرض أقوال العلماء في حجية الاستحسان، وأدلة كل قول يتبين لنا أن الاستحسان حجة يجب العمل به، وهو مذهب الجمهور، وذلك لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم، حيث ثبت أنها لا ترد على الاستحسان الحنفي ، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، وأن اعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، كما أن أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان كلها قد ردنا عليها حتى

(١) راجع أصول الشرحي جـ ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

هو تجميعها بما لا يدع مجالاً للشك أنها باطلة . كما أن أدلة من قال بأن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً، فمردود عليه بأن الاستحسان لا يكون إلا فيما نص فيه كالقياس تماماً، والقياس دليل مستقل فكذا الاستحسان.

المبحث الثالث

في

تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان

مَهَيَّنَكَ

إذا تتبعنا أقوال الإمام الشافعي وأصحابه، والفروع الفقهية عند الشافعية نجد أنهم أخذوا بالاستحسان الذي قال به أصحاب المذاهب الأخرى ، ومن هذه الأقوال والفروع الفقهية مايلي :

أما الأقوال فهي كالتالي : قول الإمام الشافعي :

استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما ، استحسن أن تثبت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، استحسن أن يترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة ، استحسن أن يضع المؤذن أصبعه في أذنيه إذا أذن، استحسن التحليف على المصحف.

قال : في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى القياس أن تقطع يمينه، والاستحسان أن لا يقطع.

وقال : في الجارية المغنية ، وهي التي اشترت بالفتن، ولو لا الغنى لساوت ألفاً. كل هذا استحسان والقياس الصحة.

وقال : في الحُصْر الوقف ونحوه إذا بلى إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد، ومثله الجذع المنكسر ، والدار المنهدمة وهذا استحسان:

وذهب في أحد قوليه إلى منع قرض الجولاري ممن هي حلال له استحصاناً وقال : استحسن مراسيل سعيد بن المسيب^(١) .

وقال : في الشاهدين إذا قالوا نشهد أنه لا وارث له سألتهما عن ذلك ، فإن قالوا : هو لا نعلم فذا ، وإن قالوا نيقناه قطعاً فقد أخطأوا ، ولكن لا ترد بذلك شهادتهما ، ولكن أردھا استحصاناً .

وقال في التولية على الوقف : إنه للوقف ، وعلل بأنه المتقرب بصنقته . فهو أحق من يقوم بإمضاها . وهذا استحصان .

وقال فيما إذا أعار أرضاً للبناء عليها والغراس ، فبنى المستعير أو غرس ثم رجع ، واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد فقيل : هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد فباعاها بثمن واحد والمذهب القطع بالجواز للحاجة - وهذا استحصان .

وقال الرافعي^(٢) :

في التغليظ على المعطل في اللعان استحسن أن يحلف ويقال قل بالله الذي خلقك ورزقك . أهـ .

(١) هو أبو محمد المعروف . الإمام شيخ الإسلام وفقه المدينة ، أجل التابعين ، ولد لستين مضاً من خلافة عمر ، وكان أحد المفتين بالمدينة ، وأحد قضائھا (راجع تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ٥٤ ، لمذهب التهذيب جـ ٤ ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) هو الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القرظبي الرافعي . إمام المذهب الشافعي ، وصاحب التصانيف المشهورة التي لم يصنف مثلها في المذهب كالشرح الكبير وغيره تولى سنة ٦٢٢ هـ (راجع المعر جـ ٥ ص ٩٤ ، شذرات المذهب جـ ٥ ص ١٠٨ ، طبقات الشافعية جـ ٥ ص ٢٨١) .

وقال القاضي الروباني^(١): فيما إذا امتنع المدعى من اليمين المردودة وقال : امهلوني لأسأل الفقهاء استحسان قضاء بلدنا إيماله يوماً. أـ.

وقال بعض الشافعية :

في تقدير نفقة الخادم على الزوج المتوسط: استحسان الأصحاب أن يكون عليه مد وسدس لتفاوت المراتب في حق الخادمة، فإن للموسر عليه مد وثلاث ، والمعسر عليه مد، فليكن المتوسط كذلك ، كما تفاوتت المراتب في حق المخدومة .

وقال بعض الشافعية :

ليس لولي المجنونة، والصبيّة المراهقة، إذا آلى عنهما الزوج، وضربن المدة ، وانقضت أن لا يطالب بالغيبة لأن ذلك لا يدخل تحت الولاية ، واستحسنوا أن يقول الحاكم للزوج على سبيل النصيحة اتق الله في إلبها أو طلقها^(٢).

(١) هو عبد الواحد بن إسماعيل أبو الحسن . فخر الإسلام الروباني صاحب الحر والكافي بلغ من مكانته في الفقه الشافعي أن قال لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي (راجع طبقات الشافعية جـ ٧ ص ١٩٣ ، المعر جـ ٤ ص ٤٤) .

(٢) راجع أقوال الإمام الشافعي وأصحابه في الإجماع جـ ٣ ص ٢٠٤ وما بعدها، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ ٩ ص ٤٠٣٧ ، البحر المحيط جـ ١ ص ١٠٧ وما بعدها، شرح اللمع جـ ٢ ص ٩٦٩ ، والموقوفات جـ ٤ ص ٢٠٦ وما بعدها، الآيات البيّنات جـ ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها، الإحكام للأمدي جـ ٤ ص ٢١٠ ، أصول الفقه للدكتور / محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٨ ، شرح المضد على المختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ ، كشف الأسرار للنسفي جـ ٢ ص ٣٠٠ ، المستصفي جـ ١ ص ٢٧٤ .

هذه هي بعض الأقوال التي قالها الإمام الشافعي وأصحابه تدل على أن الاستحسان حجة ويعمل به عندهم.

وأما للفروع الفقهية التي تدل على أن الشافعية أخذوا بالاستحسان منها ما يلي قال صاحب المنهاج: إن المذهب صحة كفالة البدن للحاجة إليها، وقال الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس^(١).

وقال السيوطي^(٢) تحت القاعدة الخامسة : الحاجة تفزل منزلة للضرورة، عامة كانت أو خاصة .

من الأولى : مشروعية الإجارة والجمالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس، لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفني الثانية من الجمالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين ، لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة . ثم قال : ومنها مسألة الصلح وإياحة النظر للمعاملة ونحوها وغير ذلك^(٣).

وقال السيوطي تحت قاعدة العادة محكمة : أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة..... وعقد منها

(١) راجع مفق المحتاج ج٢ ص ٢٠٣، المجموع شرح المذهب ج١٣ ص ٤٨٨

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر بن عمر بن نصر الجلال الأسدي ولد سنة ٨٤٩هـ — حفظ القرآن الكريم، والعمدة والمنهاج القرعي والألفية في النحر من تصانيفه الإقتان في علوم القرآن والسدر المشور في التفسير وغيرهما توفي سنة ٩١١هـ .

(٣) راجع شذرات الذهب ج٥ ص ٥١ ، الفروع للآمع ج٤ ص ٦٥

(٤) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ط عيسى الياباني الحلبي وأولاده بمصر

الكثير وكان من بينها قوله : وفي عمل الصناعات على ما استحسنته الرافعي^(١).

وأجاز الشافعية : نبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة. وغصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم، كما جوزوا أخذ مال الممتع من أداء الدين بغير إئنه. وقالوا : لو عم الحرام بلدًا بحيث لم يوجد الحلال إلا نادرًا فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على موضع الضرورة^(٢).

وقال الغزالي في الزنديق المتستر إذا تاب : أن لا تقبل توبته ، ويقتل خلافاً لمقتضى عموم الحديث "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"^(٣).

وقال : فإن قيل فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة في قتله وأن لا تقبل توبته، وقد قال ﷺ "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله" فماذا نرون ؟ قلنا هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله إذ وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمة الشهادة تسقط القتل في اليهود والنصارى، لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديق

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(٣) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري وأحمد من طريق حار بن عبد الله (راجع صحيح البخاري بخاتمة السني

جـ ٢ ص ٢٤٣ باب وجوب الزكاة ، مسند أحمد جـ ٢ ص ٣٣٢)

يرى التقية عين الزندقة . فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد^(١) .

وأيضاً قرر الشافعية : أنه يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم ونباتهم لحاجة القتال والظفر بهم، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه، مع أن الأصل حرمة إتلاف الأموال^(٢).

وقرر الشافعية : جواز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الحجاج من الحرج لو لم يبيع لهم ، مع نهى رسول الله ﷺ الصريح عنه.

وقد أفتوا بجواز ضمان الدرك^(٣)، مع أنه مخالف للقياس، معللين ذلك بحاجة الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، فلو لم يجز ذلك للحق بالناس الحرج، وهذا ضرب من استحسان المصلحة.

وأفتوا بجواز تضبيب الإناء بالفضة مع عموم النهى عن استعمال الفضة معللين ذلك بالحاجة.

وكذلك أفتوا بجواز الأكل من الغنيمة في دار الحرب مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة، مستدئين في ذلك إلى الحاجة^(٤).

(١) راجع للمستصفي جـ ١ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(٣) ضمان الدرك : هو أن يلزم البائع بضمان الذي قد يوجد له المبيع لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب، وسلامته من حقوق الغير (راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ ٤ ص

(٣١٧

(٤) راجع هذه الأمثلة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨

من هذه الأمثلة للفروع للفقهية عند الشافعية يتضح لنا أنهم يعملون بالاستحسان كغيرهم من أئمة المذاهب الأخرى، إلا أنهم لا يطلقون عليه هذه التسمية بل يرجعونه إلى القياس والمصلحة في غالب الأحيان. وهناك بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي - رحمه الله - تدل على نفيه للاستحسان ، وأنه مذموم عنده ومن ذلك ما يلي :

- ١- من استحسّن فقد شرع. أي ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع.
- ٢- الاستحسان تلذذ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل واحد لنفسه شرعاً.
- ٣- والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن تقول : استحسّن بغير قياس؟ فقلت : لا يجوز هذا عندي- والله أعلم - لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتّباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.
- ٤- ومن قال استحسّن لا عن أمر الله، ولا عن أمر رسول الله ﷺ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال، وكان الخطأ في قول من قال هذا بيناً.
- ٥- أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر، ولا قياس، وقال استحسّن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسّن

خلافه فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال : في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا^(١).

هذه هي بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي التي تنفي الاستحسان :

وللتوفيق بين هذه الأقوال يمكن القول: بأن الأقوال التي وردت عنه تنفي الاستحسان، فالمراد به الاستحسان المبني على الهوى والتشهي من غير دليل من نص، أو قياس، وهذا لم يقل به أحد.

فالقاتلون: بأن الإمام الشافعي - رحمه الله - يرفض الاستحسان غير مدركين لمقصد الإمام الشافعي - رحمته الله - إذ أن مراده استحسان النفس لا الاستحسان عن طريق القياس، والنص، والإجماع، والمصلحة، والضرورة : وهذه الأصول لا يسع فقيه من الفقهاء مخالفتها، إذ لا تخرج صورة منه عن ضرب من ضروب القياس ، أو اعتماداً على نص، أو إجماع ، أو ضرورة، أو مصلحة، أو عرف، وهذا شائع وذائع في فروعهم للفقهية، وموضع اعتبار عندهم، فلا مجال لإنكار الاستحسان أو العمل به في جميع المذاهب المشهورة.

وتحمل الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي على أنه أخذ بالاستحسان على الاستحسان المبني على هذه الأصول السابق ذكرها.

(١) راجع هذه الأقوال في الإجماع جـ ٣ ص ٢٠٤ ، للتصنيف جـ ١ ص ٢٧٤ ، نقاش الأصول جـ ١ ص ٤٠٣٧ ، البحر المحيط وما بعدها ، الرسالة ص ٥٠٥ وما بعدها ، الأم جـ ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها ، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

يؤيد هذا ما ذكره ابن عبد الشكور^(١) حيث قال: والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد ما يعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد ما أردناه نحن فهو حجة عند الكل فليس هو أمراً يصلح للنزاع^(٢) أهـ.

وقد صرح الغزالي بعد ما ذكر مفهوم المتأخرين من الحنفية للاستحسان بعدم الإنكار لهذا المفهوم ، وإنما أنكر تسميته استحساناً فقال: وهذا ما لا ينكر، وإنما يرجع الاستكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة^(٣). أهـ.

وقال الشيرازي : وإن كان الأمر على ما فسره أصحابه - أي أبو حنيفة - فإنه لا مخالفة في معناه، فإن ترك أضعف الدليلين لأقواهما واجب، وترك القياس بدليل أقوى منه واجب^(٤). أهـ.

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في الأم : قد كان ما خشي الشافعي أن يكون بل خرج الأمر في هذه العصور عن حده، فصرنا نرى كل من عرف شيئاً من المعارف، زعم لنفسه، أنه يفتي في الدين والعلم، وأنه أعلم به من أهله، وخاصة من أشربوا في قلوبهم أو ربه وعقائدها،

(١) هو عبد الله بن عبد الشكور الهاري الهندي، قاضي من الأعيان، ولي قضاء كلهنو ثم قضاء حيدر آباد الدكن ، ثم ولي صدارة ممالك الهند، لقب بفاضل خان من كتبه مسلم الثبوت في أصول الفقه، وسلم العلوم في المنطق، والجواهر الفرد (راجع الأعلام - ج ٥ ص ٣٨٣)

(٢) راجع فوائح الرجوح وشرحه - ج ٢ ص ٣٢١

(٣) راجع المستصفى - ج ١ ص ٢٨٣

(٤) راجع النشرة للشيرازي ص ٤٩٤ ط دار الفكر.

يزعمون أن عقولهم تهنئهم إلى إصلاح الدين، وإلى الحق في التشريع، وخرجوا عن الخبر، وعن القياس إلى الرأي والهوى، حتى لنكاد نخشى أن تخرج بلاد المسلمين عن الإسلام جملة، والعلماء ساهون لاهون، أو مستضعفون ، يخافون الناس، ويخافون كلمة الحق^(١) أهـ .

وبعد هذا العرض لأقوال الإمام الشافعي نرى أنه عمل بالاستحسان المبني على الأدلة الشرعية وإن كان لا يسميه بهذا الاسم بل يطلق عليه القياس أو المصلحة.

(١) راجع الأم جـ ٢ ص ٣٠٠ وما بعدها.

المبحث الرابع في أنواع الاستحسان

مَهَيِّدٌ

إن المتتبع للفروع الفقهية - لدى مذاهب القائلين بالاستحسان - يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عديدة منها الاستحسان بالنص سواء كان النص من القرآن أو السنة ، أو بالأثر ، واستحسان بالإجماع، وبالضرورة، بالعرف، وبالمصلحة، وبالقياص الخفي وغير ذلك. نذكرها فيما يلي مع ذكر أمثلة لكل نوع^(١).

(١) نلاحظ هنا في الأمثلة التي سأذكرها لكل نوع لم أتعرض فيها لذكر خلاف الفقهاء لأن القصد هو التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه وسأذكر مبحث خاص بالمسائل المتفرعة على الخلاف في الاستحسان في نهاية هذا البحث.

النوع الأول

فـ

"الاستحسان بالنص أو بالأثر"

ومعناه: ورود نص من القرآن أو السنة ، أو الأثر في مسألة يتضمن حكماً يخالف الحكم الكلي الثابت بنصوص الشرع، أو يخالف قاعدة عامة تثبت بنصوص أخرى، أو هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب، أو السنة، أو الأثر^(١).

وعرف البرديسي^(٢) هذا النوع بقوله : الاستحسان الثابت بالنص هو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي لهذه الواقعة حكماً يخالف الحكم الكلي الذي يجب تطبيقه على هذه الواقعة بمقتضى الدليل العام أو القاعدة المقررة^(٣).

وهذا النوع من الاستحسان ، هو من حيث الشكل والاصطلاح استحسان كما أطلق عليه الحنفية ، ولكنه من حيث الحقيقة نص يتضمن استثناء من الشارع لحالة خاصة من قاعدة عامة في الشرع، فهو استحسان من الشارع، ولاستحسان الشارع أمثلة كثيرة ، وهو دليل من

(١) راجع الأحكام للأمدى ج٥ ص ٢١١، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩٠

(٢) هو محمد زكريا البرديسي أستاذ الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة (راجع أصول الفقه للبرديسي ص ٤ ط دار

التأليف — بالقاهرة)

(٣) راجع أصول للبرديسي ص ٣٠٨

الشرع على أن الشارع الحكيم قدر للحالات الخاصة أحكاما مستثناة تدل في مجملها على شرعية الاستحسان وإظهار حجتيه.

ويقول الغزالي عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر وإنما يرجع الاستتكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسمية استحساننا من بين سائر الأدلة^(١)، أم.

ولهذا النوع أمثلة كثيرة منها ما يلي :

١- أمثلة الاستحسان : من القرآن الكريم :

المثال الأول : الوصية :

فإنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، ومعلوم أن الإنسان إذا مات لا يملك شيئا، وخرج المال من حوزته، وانتقل إلى ورثته، وعلى هذا فإن القاعدة التي يجري عليها القياس. إبطال الوصية لعدم الملك بعد الموت لكنها استثنيت من القاعدة للعام استحسانا للنص الوارد بجوازها. وهو قوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾^(٢). وقوله ﷺ " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم"^(٣).

(١) راجع للمصنف ج ١ ص ٢٨٣

(٢) سورة النساء من الآية ١١

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة في أعماركم " وقال في الروايد في إسناد طلحة بن عمرو أنخضرمي ضعفه غير واحد، وروى من طريق معاذ بن جبل بلفظ " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " وقال صاحب مجمع الروايد عن هذا الحديث رواه الطبراني، وفيه عقبه بن حمد الضبي وثقه ابن-

وجاء في الهداية : الوصية غير واجبة، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها، لأنها تعليق مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو اضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غدا كان باطلا، فهذا أولى إلا أننا استحسنناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض - وخاف البيات - يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله، على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك، فشرعناه . ثم قال: وقد نطق به الكتاب قال تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾^(١) . والمسنة " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم " ^(٢) . وقال: عليه إجماع الأمة ^(٣) . أهـ.

المثال الثاني: هبة القتل الخطأ :

القياس العام يقضي بأن كل إنسان يضمن جنايته نفسه لقوله تعالى: ﴿ولا تذر واردة وزر أخرى﴾^(٤) . ولكن استثنى الشارع حالة

«حبان وغروه، وضعه أحمد (راجع سي ابن ماجة جـ ٢ ص ٩٠٤، حديث رقم ٢٧٠٩ كتاب الوصايا — باب

الوصية بالثلاث ، مجمع الزوائد وصيغ الفوائد جـ ٤ ص ٢١٥ المأثر — مؤسسة المعارف — بيروت — لبنان).

(١) سورة النساء من الآية ١١

(٢) سبق تخريجه .

(٣) راجع المقدمة وشروحها جـ ١٠ ص ٤١٣ وما بعدها ط الثاني الحلبي وأولاده ١٠ - بمصر، كشف الأسرار على

أصول البزدوي جـ ٥ ص ٥، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول الرحسي جـ ٢

ص ٢٠٢، تيسر التحرير جـ ٤ ص ٢٩٠ وما بعدها ، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣ ، مدائع الصانع جـ ٧ ص ٣٣٠

ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان

(٤) سورة فاطر من الآية ١٨

القتل الخطأ، وعدل عن القياس إلى إيجاب الدية على العاقلة قال تعالى :
(ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا)^(١).

وهذا استحسان تشريعي خولف فيه القياس رفقا بالجاني وتخفيفا عنه، وذلك لكثرة وقوع الخطأ من الجناة، ودية الأمي كبيرة فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفا عنه لأنه معذور في فعله بسبب عدم قصده^(٢).

٣- أمثلة الاستحسان من السنة :

المثال الأول : السلم :

وهو ما يعرف بأنه بيع شيء موصوف في اللزمة بثمن عاجل^(٣).
فهذا بيع لكنه لم يكن على قاعدة البيع المعهود . حيث إن من شروط صحة البيع أن يكون موجودا عند العقد، وهذا ليس بموجود عند العقد بلى هو معدوم، ومقتضى النص الشرعي العام أن مثل هذا لا يجوز بيعه، لما روي أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام^(٤) : " لا تبع ما ليس عندك"^(٥). لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل

(١) سورة النساء من الآية ٩٢

(٢) راجع المفهامة وشرحها جـ ١٠ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٣) راجع مجمع الأفر جـ ٣ ص ٩٣، مفتي المحتاج جـ ٢ ص ١٠٢

(٤) هو حكيم بن حزام بن عويلد بن أسد بن عبد المزي. صحابي قرشي ولد بمكة - وكان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها أسلم يوم الفتح، توفى سنة ٥٤ هـ بالمدينة (راجع الأعلام جـ ٢ ص ٢٦٩، شذرات الذهب جـ ١ ص ٦٠).

لكنه استثنى من ذلك استحصانا لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه، وهو ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التماسر السنة والمسنين فقال: " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"^(١). وأقمنا للذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم^(٢).

يقول السرخسي: في أصوله عن هذا المثال والقياس يأبى جواز المسلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكن تركناه للرخصة الثابتة بقوله ﷺ^(٤) "ورخص في السلم"^(٥). أ هـ.

وقال الكمال بن الهمام في فتح القدير بعد ذكره تعريف السلم وأدلة مشروعيتها : ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ ٣ ص ٥٢٥ كتاب البيوع — باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك حديث رقم ١٢٣٢، سنن أبي داود جـ ٢ ص ٨٣ كتاب البيوع — باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٥٠٣).

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق ابن عباس بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها كتاب السلم — باب السلم في كيل معلوم حديث رقم ٢٢٣٩).

(٣) راجع الهداية وشروحها جـ ٧ ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) راجع أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٣.

(٥) هذا اللفظ لم يرد في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في مجمع الأثر بأنه لم يستدل أنه صلى الله عليه وسلم قد ورد عنه لفظ ورخص في السلم يقول محمد بن العز الحضي في هوامش الهداية هذا اللفظ حكفاً لم يرد عن أحد من الصحابة في كتب الحديث، وكأنه من كلام واحد من الفقهاء، أما النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان مع عدم ذكر الترجيح في السلم فهذا مروي عنه صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام السابق. (راجع مجمع الأثر شرح ملتقى الأئمة جـ ٢ ص ٩٧ ط دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان).

المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون البيع نازلاً عن القيمة فيريحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدره في المال على المبيع بسهولة لتتدفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع^(١) أهـ.

المثال الثاني: الإجارة:

وهي عقد على المنافع بعوض، وهذه المنافع معدومة وقت العقد، والأصل في المعدوم عدم صحة تملكه، وعدم إضافة التملك إليه، ولكن النص ورد بجوازها لحاجة الناس. فقال عليه الصلاة والسلام: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"^(٢) فإن الحديث دل على جواز الإجارة من جهة أن الأمر بإعطاء الأجرة يفيد المشروعية، وهي ثابتة استحساناً، لأنه عدول عن البطلان إلى الصحة بدليل^(٣).

(١) راجع فتح القدير على المقدمة جـ ٧ ص ٧١ وما بعدها، ومثله في النهاية على المقدمة جـ ٧ ص ٧١، بدائع الصانع ص ٢٠١.

(٢) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق ابن عمر بن الخطاب، وقال عنه في إسناده وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان، وأخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهن - باب أجر الأجراء حديث رقم ٢٤٢٣، والسنن الكبرى للبيهقي جـ ١ ص ١٢١ كتاب الإيجارات - باب إم من مع الأجر أخره).

(٣) راجع بدائع الصانع جـ ٤ ص ١٧٣ وما بعدها، أحكام القرآن للكرام لابن العربي جـ ٣ ص ١٤٧٣، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، المجموع جـ ٥ ص ٥.

جاء في الهداية: الإجارة في اللغة . بيع المنافع، والقياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه - المنفعة - وهي معدومة، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار منها - قوله ﷺ " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ^(١) " وقوله ﷺ " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره ^(٢) " اهـ .

وقال صاحب العناية ^(٣) - لم يقتض القياس جوازها . إلا أنها جوزت على خلاف للقياس بالآثر لحاجة الناس فكان استحصانا بالآثر ^(٤) . اهـ .

وقال السرخسي : وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثبت على خلاف القياس . لحاجة الناس إلى ذلك، فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا

(١) سبق تخريجه .

(٢) هذا الحديث أخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة عن حديث مطول وفيه " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره " ، أخرجه الشوكان من طريق أبي سعيد الخدري بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى ج ٦ ص ١٢٠ كتاب الإجارة باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ، نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٢٩ باب النهي أن يكون النفع والأجر مجهولاً) .

(٣) هو أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الرمزي الباقري الحنفي ولد سنة بضع عشرة وسعمائة، وكان حسن المعرفة بالفقه والأصول، صنف متنازع الأنوار، وشرح الزدودي، والهداية وغير ذلك توفي سنة ٧٨٦هـ — ودفن بمصر (راجع الفتاوى البهية ص ١٤١ وما بعدها ط دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت — لبنان) .

(٤) راجع الهداية وشرح العناية ج ٥ ص ٥٨ وما بعدها .

يتحقق لأنها لا تبقى زمانيين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك^(١) أهـ .

المثال الثالث : الحكم بصحة صوم من أكل أو شرب ناسيا في نهار رمضان .

فإن مقتضى القاعدة العامة التي يجري عليها القياس - هو فساد صوم من أكل أو شرب ناسيا - لأن الإمساك عن المفطرات ركن الصوم ، والذي لا يصح بدونه ، وقد فات هذا الركن بالأكل أو الشرب ناسيا ، والشئ لا يبقى مع فوات ركنه ، إلا أن صحة الصوم في هذه الصورة قد استثبتت للأثر الوارد فيها . وهو أن النبي ﷺ قال : " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"^(٢) . فقد عدل عن القول بفساد الصوم هنا والحكم ببقائه استحسانا بالنص^(٣) .

يقول المرخمي : فأما تركه بالنص فهو ما أشار إليه أبو حنيفة - رحمه الله - في أكل الناسي للصوم . لولا قول الناس لقلت يقضى - يعني به - رواية الأثر عن رسول الله ﷺ ، وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته ، واعتقاد البطلان في كل قياس يخالفه^(٤) أهـ .

(١) راجع أصول الرحسي جـ ٢ ص ٢٠٣

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث ١٩٣٣ - كتاب الصوم - باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا) .

(٣) راجع الهداية وشرح العناية جـ ٢ ص ٣٢٧ - باب ما يوجب القضاء والكفارة .

(٤) راجع أصول الرحسي جـ ٢ ص ٢٠٢ ، كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٥ ص ٥

المثال الرابع: قاطم الطريق إذا أخذ المال فقط ثم تركه عائدا.

فإن للقاعدة التي يبنى عليها القياس، إجراء الحد عليه، ولا يسقط عنه لارتكابه ما يوجب ذلك، وقد قالوا إذا وجد السبب وجد المسبب، لكن يسقط الحد عنه استحسانا لأنه تاب قبل أن يقدر عليه ويكون فيه تشجيع للذين يعصون ثم يتوبون قبل القدرة ^(١) عليهم قال تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ ^(٢).

المثال الخامس: خيار الشرط:

فإن البائع إذا أمضى العقد فإنه ينفذ ولا يصح له الرجوع في بيعه، وعلى هذا فإنه إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار، فإن القاعدة التي يجري عليها القياس، هو بطلان هذا الشرط لما يترتب على إمضاء العقد من نقل الملكية إذ أن الخيار يمنع هذا النقل، وبذا يكون الخيار منافيا لمقتضى العقد، والقاعدة تقرر أن كل ما يخالف مقتضى العقد لا يجوز، وخيار الشرط لا يجوز تبعا لهذه القاعدة، لكنه عدل عنه إلى الجواز

(١) راجع فتح القدير على المنهاج ج ٥ ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة الآية ٣٤

استحساناً^(١). نظرا لقوله ﷺ لحبان بن منقذ^(٢) - وكان يخدع في البيوع - إذا ابتعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام^(٣).

٣- أمثلة للاستحسان بالأثر:

المثال الأول: السرقة:

وهي أخذ مال الغير على سبيل الخفية. نصابا محرزا من غير تأويل ولا شبهة^(٤): فإذا تحققت بشروطها فإن الواجب فيها القطع مطلقا لعموم قوله تعالى: ﴿والمسارق والمسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾^(٥). لكنه عدل عن القطع استحسانا، وذلك في عام المجاعة كما فعل عمر بن الخطاب ﷺ حتى لا يجتمع على السارقين ضرران. ضرر الجوع، وضرر القطع للسرقة، وتخصيصا لهذا العام بفعل الصحابي^(٦).

(١) راجع المفهامة مع شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢) هو حبان بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني بن عمر بن يحيى، روي عن أبيه وعملاد السائب وعنه عمرو بن الحارث، وأمر حوا له حديثا واحدا في الوضوء. (راجع فقه المذهب جـ ٦ ص ١٧٠ وما بعدها).

(٣) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه من طريق حبان بن منقذ بنفس اللفظ (راجع سنن الدارقطني جـ ٣ ص ٥٦ حديث رقم ٢٢٠ كتاب البيوع ط دار المحاسن للطباعة والنشر - القاهرة).

(٤) راجع شرح العناية على المفهامة جـ ٥ ص ٣٥٤

(٥) سورة المائدة الآية ٣٨

(٦) راجع المذهب جـ ٢ ص ٢٨٢

المثال الثاني: عدم قطع من قطعت يده ورجله:

إن السارق إذا سرق أول مرة تقطع يمينه من الزند فإذا سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، فإذا سرق ثالثاً لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب. وهذا استحسان، ووجه قول علي ^(١) "إني لأستحي من الله تعالى أن لا أَدع له يداً يَأْكُل بهما، ويستحي بهما، ورجلاً يمشي عليها" ^(٢).

وقد ذكر علماء الأصول هذا المثال تحت الاستحسان بالإجماع، والواقع أنه ترك للقياس لقول الصحابي. لأن كتب الأصول لم تذكر في هذا النوع وهو الاستحسان بالنص، الاستحسان بالأثر، إلا ما ذكره الشاطبي عن ابن العربي حيث يقول: ويمسح أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة للوارد بخلاف للقياس ^(٣).

واعتبر كثير من العلماء القدامى والمحدثين الاستحسان بقول الصحابي من قبيل ما استحسن بالأثر وليس من قبيل ما استحسن بالإجماع، لأن ورود الأثر على خلاف للقياس يجعله في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ .

(١) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويكنى بأبي الحسن، صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول من أسلم من الصبيان تولد لخلافة سنة ٣٥هـ توفي من إصابة، وغسله الحسن والحسين ودفن بالكوفة (راجع الفتح للمبين ج١ ص ٥٧، المعجم ج١ ص ٣، الأعلام ج٤ ص ٢٩٥).

(٢) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن سلمة بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي ج٤ ص ٢٧٥ كتاب السرقة باب السارق يعود فيسرق).

(٣) راجع المقدمة مع فتح القدير ج١ ص ٣٩٥ وما بعدها، المرافقات ج٤ ص ٢٠٩، الإجماع ج٣ ص ٢٠٤، البحر المحيط ج٤ ص ١٠٨.

ومثاله : أن الإمام أو الحاكم إذا رأى رجلاً قد سرق أو زنى أو شرب خمرًا فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برويته ذلك حتى يقوم به عنده بينة ، وهذا استحصان .

وقال أبو يوسف ^(١) : له ذلك ، معطلا قوله : لما بلغنا في ذلك من الأثر وهو ما روي أن أبا بكر ^(٢) ﷺ قال : " لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتى يكون معي غيري " ^(٣) .
أهـ .

المثال الثالث : الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أوقع سيدنا عمر رضي الله عنه الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً ، وخالف بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ ، وعهد أبي بكر ، وصدر من عهده هو أيضاً ، ذلك لأنه رأى في هذا وسيلة لمنع المسلمين

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أو حنيفة وتلميذه ، وهو أول من نشر مذهب الحنيفة ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ (راجع الفتح للبين جـ ١ ص ١٠٨ ، شفرات الذهب جـ ١ ص ٢٩٨ ، المعر جـ ١ ص ٢١٩) .

(٢) هو عبد الله بن أبي قحافة يلتقي هو ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند مرة بن كعب كان اسمه في الجاهلية عبداً الكعبة فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بوبع بالخلافة يوم الاثنين الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، توفي رضي الله عنه سنة ١٣ هـ (راجع شفرات الذهب جـ ١ ص ٣٣ وما بعدها ، المعر جـ ١ ص ١٣) .

(٣) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق الزهري عن أبي بكر الصديق بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي

جـ ١ ص ١٤٤ - كتاب الشهادة - باب من قال ليس للقاضي أن يعمل)

من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن تتابعوا فيه^(١)، وللاستحسان بالأثر
أمثله كثيرة ولكن اكتفينا بهذا القدر

(١) راجع هذا النوع من الاستحسان وهو الاستحسان بالنسب وأمثلته في المراجع السابقة التي ذكرناها في كل مثال، كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ٥ وما بعدها، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، و شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للأمني جـ ٤ ص ٢١١، تيسر التحرير جـ ٤ ص ٧٨ وما بعدها، المستصفى جـ ١ ص ٢٨٣، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣، المبسوط جـ ٩ ص ٢٠٤ ط دار المرقفة، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ٣ ص ١٣٠، الاعتصام جـ ٢ ص ١١٨، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٩ وما بعدها، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للأمني جـ ٤ ص ٢١١، أصول الفقه للبردي ص ٣٠٨ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العنين بدران ص ١٩٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٦٦ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور / محمد السعيد على عبد ربه ص ٦٨ وما بعدها.

النوع الثاني الاستحسان بالإجماع

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانتفاء الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ويكون ذلك بإفتاء جميع المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها، أو على خلاف مقتضى الدليل العام، كما يكون بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل الناس به أو مخالفا للأصول العامة والقواعد المقررة. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها ما يلي :

المثال الأول: عقد الاستصناع:

وهو أن يتفق شخص مع آخر على أن يصنع له ثوبا نظير مبلغ معين من المال مع بيان صفته ومقداره، ولا يذكر له أجلا .

فالقياص: يقتضي عدم جواز هذا العقد. لأن الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، والعقد على المعدوم لا يجوز، لكن ترك القياص الذي يقتضي عدم الجواز ، وقيل: بالجواز استحسانا بالإجماع لتعامل الناس من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار^(١).

(١) راجع المقدمة مع تكملة فتح القدير ج١ ص ١٠٤، بدائع الصانع ج٥ ص ٢ وما بعدها، التلويح ج٢ ص ١٦٣ وما بعدها، مسلم الفتوح ج٢ ص ٢٧٩، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩١ وما بعدها، تهسير التحرير ج٤ ص ١٧٨، التقرير والتحجير ج٣ ص ٢٢٢، الفقه الإسلامي وأدلة المذكيور / وهبة الزحيلي ج٤ ص ٦٣٢، أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٤٩.

يقول عبد العزيز البخاري: ومن الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع يعني فيما فيه للناس تعامل . مثل أن يأمر إنسانا ليخرز له خفا مثلا بكذا، ويبين صفته ومقداره، ولا ينكر له أجلا، وبسلم له الدراهم، أولايسلم . فإنه يجوز والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفا في الزمة ، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه حقيقة - أي ثبوته في الزمة - كالمسلم - فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد، ولكنهم استحسنا تركه بالإجماع الثابت بتمام الأمة من غير تكثير، لأن بالإجماع يتعين جهة الخطأ في القياس، كما يتعين بالنص فيكون واجب الترك، وقصروا الأمر على ما فيه تعامل لأنه معدول به عن القياس.

فإن قيل : الإجماع وقع معارضا للنص وهو قوله ﷺ "لا تبع ما ليس عندك"^(١). قلنا قد صار النص في حق هذا الحكم مخصوصا بالإجماع فبقي القياس النافي للجواز معارضا للإجماع فسقط اعتباره بمعارضة الإجماع^(٢) أهـ.

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدي ج١ ص ٥ وما بعدها، وجاء مثله في شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣،

أصول السرخسي ج٢ ص ٢٠٣، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٩

المثال الثاني: الاستحمام في الحمامات المعدة لاستنجارها:

لهذا الغرض من غير تقدير للأجرة ، أو الماء المستعمل ، أو مدة المكث فيه ، فإن القياس يقضي بعدم جواز ذلك للجهالة بالحاصلة من عدم تقدير الماء والأجرة ، والمدة التي يمكثها . لأن الناس يتفاوتون فيما يستهلكون من الماء ، كما يتفاوتون في المدة التي يمكثونها ، والجهالة في هذه الأمور تفسد العقد ، ولكن جاز استحسانا لجريان العرف بذلك في كل زمان ومكان ، ولم يحدث إنكار من المجمعين في أى عصر من العصور من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على دخول الحمام بهذه الصفة لأن فيه دفعا للضرر والمشقة^(١).

قال صاحب العناية : ويجوز أخذ أجرة الحمام لجريان العرف بذلك ، والقياس عدم الجواز للجهالة ، ولكنه ترك لإجماع المسلمين^(٢). أهـ.

المثال الثالث : طلاق الزوجة باختيارها لنفسها:

وذلك كأن يقول الرجل لزوجته اختاري أحد أمرين إما نفسك ، وإما أنا فتقول أختار نفسي . حينئذ فإنها تكون بائنة بواحدة أى بينونة صغرى استحسانا .

(١) راجع المفاتيح مع تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ٩٦ ، الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٠ ، نقائس الأصول في شرح

المحصول جـ ٩ ص ٤٠٣٧ ، البيان جـ ٤ ص ٢٦٥

(٢) راجع العناية على المفاتيح جـ ٩ ص ٩٧

والقياس أن لا يقع شيء من الطلاق وإن نواه الزوج، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، فلا يملك التفويض إلى غيره، إلا أن الأحناف استحسنوه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وكذا أيضا شبهوا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح، وهو خيار المعتقة، وامرأة العنيين، وتقع للفرقة بذلك الخيار، فتقع في مثالنا بهذا اللفظ^(١).

(١) راجع العناية على الهداية ج ٤ ص ٨٨ وما بعدها، بلاتع المصالح ج ٣ ص ١١٨

النوم الثالث

استحسان بالضرورة والحاجة

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، والأخذ بمقتضى الضرورة لرفع حرج يغلب على الظن وقوعه أو يتحقق، أو لرفع غلو القياس، ذلك أن المسائل التي يقاس بعضها على بعض تختلف نتائجها عسرا ويسرا عدلا وجورا لما يحف بها من ظروف. وهذا المعنى أشار إليه الإمام السرخسي في المبسوط حيث قال : الاستحسان ترك القياس إلى ما هو أرفق بالناس^(١). ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة عديدة نذكر منها ما يلي:

المثال الأول: طهارة الآبار والأحواض التي وقعت فيها نجاسة استحسانا.

فإن القياس الظاهر يقضى بعدم طهارتها بعد تنجسها وهو بقاء شيء من النجاسة فيها، لأن خروج بعض الماء للنجس من الحوض والبنر لا يؤثر في طهارة الباقي، ولو أخرج الكل فما ينبع من أسفل، أو ينزل من أعلى يلاقي نجسا من طين، أو حجرا وغيرها فينجس بملاقاته. ولا يمكن صب الماء على البنر والحوض ليتأتى التطهير لأن الدلو والماء الطاهرين يتنجسان بملاقاة ماء البنر والأنية المتنجسين، لكنهم تركوا العمل بموجب هذا القياس للضرورة فإن لها أثرا في سقوط الخطاب، لأن

(١) راجع المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت - لبنان

فيه حرجاً، والخرج مدفوع بالنص قال تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(١). وبالتالي يحكم بطهارة مياه الآبار والحياض والأواني التي وقعت فيها نجاسة إذا ترح قدر ما فيها من الماء، وذلك بأن يقياس عمق البئر وعرضها وتحفر حفرة مماثلة في المساحة ويخرج منها الماء المتنجس، وتصير طاهرة استحساناً لا قياساً^(٢).

يقول صاحب الهداية: ومسائل الآبار مبينة على اتباع الآثار دون القياس ثم قال: إن وقعت فيها بكرة، أو بعرتان من بعر الإبل والغنم لم تصد الماء استحساناً، والقياس أن تصد لوقوع النجاسة في الماء القليل. أهـ.

وجه الاستحسان: أن آبار الفلوات ليس لها رعوس حازرة، والمواشي تبعر حولها فتلقاها الريح فيها، فجعل القليل عفواً للضرورة، ولا ضرورة في الكثير، وهو ما يستكره الناظر إليه، وكذلك الشاة تبعر في المحلب بكرة أو بعرتين ترمي البعرة، ويشرب اللبن لمكان الضرورة^(٣). أهـ.

ويقول المرخسي: وأما ترك القياس لأجل الضرورة فنحو الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما تنجست، والحكم بطهارة الثوب النجس إذا غسل في الإجازات. فإن القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة

(١) سورة الحج من الآية ٧٨

(٢) راجع كشف الأسرار للخارى جـ ٤ ص ٤٦، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، التقرير والتحجير جـ ٣ ص ٢٢٢،

تيسر التحرير جـ ٤ ص ١٧٨، كشف الأسرار للنسفي جـ ٢ ص ١٩١

(٣) راجع المقدمة مع فتح القدير جـ ١ ص ٩٨ وما بعدها.

يتجس بملاقاته ، وتركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، فلين
الخرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو
أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص^(١). أهـ.

واعترض صاحب التقرير على كون هذا المثال من الاستحسان
بالضرورة قال : والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقا من هذا القبيل، إذ
لا يخفي أن ما وجب فيها نزع البعض فهو من الاستحسان بالأثر ، لا
من الاستحسان بالضرورة^(٢). أهـ

المثال الثاني : عدم الخطر في الصوم بما يصعب الاحتراز عنه.

فإن القياس يقضى بأن كل ما دخل في جوف الصائم فإنه يبطل
صومه ويفطره، ولكنه حكم بصحة صوم من دخل التراب، أو الدخان، أو
غبار الدقيق إلى حلقه، وكذا لو دخلت نبابة إلى حلقة، وهو ذاكر لصومه
فإنه لا يفطر استحسانا ، لأن هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها^(٣).

المثال الثالث : قبول الشهادة بالتسامح :

فإن القياس يقضى بأنه لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما يرى،
لكنه جوز الشهادة بالتسامح، أو بالسماح في النسب، وفي النكاح والدخول
فيه، وإن لم يعين الشهود ذلك، لأنها مسائل تتقادم بتقادم الزمن، ولو

(١) راجع أصول المرحلي جـ ٢ ص ٢٠٣

(٢) راجع التقرير والتحريم جـ ٣ ص ٢٢٢

(٣) راجع الملهة مع شرح فتح القدير جـ ٢ ص ٣٣٢

قلنا: بأن الشهادة لا بد فيها من الرؤية لترتب على ذلك ضرر كبير، ومشقة شديدة . فقد لا يحضر للولادة إلا امرأة ، وحينئذ فإنه يتعسر على الرجل أن يشاهد ولادة للمرأة، وقد يموت المعاین للنكاح، ولو كلف الناس بإحضار من مات، وهو الرائي فإن في ذلك أيضا مشقة شديدة، وبذا جوز الشهادة بالسمع استحساناً^(١).

وفي هذا المعنى يقول صاحب الهداية : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه، إلا في النسب والموت والنكاح والدخول فيه، وولاية القاضي، فإنه يسمعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهذا استحسان

والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك يتحقق بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع أى لا يجوز للشاهد أن يشهد بالسمع بل لا بد من المشاهدة. أهـ.

وجه الاستحسان: أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خاص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ، لأنه يسمعه كل أحد، ولهذا كان لا بد فيه من المشاهدة والمعاينة^(٢)

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٩٨، معني المختار جـ ٤ ص ٤٤٨، الفقه الإسلامي للدكتور الإسلامي زكي الدين شعبان ص ١٦٢ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(٢) راجع المقدمة مع شرح فتح القدير جـ ٧ ص ٣٨٨ وما بعدها.

المثال الرابع: ذكره الشاطبي:

وهو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته، لرفع المشقة، وإيثار التوسعة على الخلق، وذلك كإجازتهم التفاضل اليسير في المراتلة الكثيرة، وكإجازة بيع وصرف في اليسير إذا كان أحدهما تابعاً للآخر^(١).

المثال الخامس: شهادة غير المسلم تقبل على المسلم.

من للقواعد المقررة - أن شهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢). ولكن الضرورة اقتضت أن تعدل عن هذه القاعدة، وتقبل شهادة غير المسلم على المسلم استحساناً.

كما لو ادعى مسلم وصية نمي له بما عند مسلم آخر عليه دين للنمي فأقر من عليه الدين بالدين، ولكنه أنكر الوصية، وموت الموصى. حينئذ تقبل شهادة رجلين من النميين بالموت والوصية، مع أن القياس لا تقبل شهادتهما لعدم عدالتهما، ولكنها قبلت استحساناً، لأن الوصية لا تكون إلا عند الموت، وموت النمي لا يحضره المسلمون غالباً، فلو لم تقبل شهادة النميين لضاعت الحقوق فقبلت شهادتهما استحساناً^(٣).

(١) راجع للموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ٢ ص ١٤٢

(٢) سورة النساء من الآية ١٤١

(٣) راجع العناية على الهداية جـ٧ ص ٤١٧ وما بعدها.

المثال السادس : عدم بطلان المساقاة بموت رب الأرض إذا كان الخارج بعور .

فالقياص العام يقضى بأن تبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض - والخارج بعور^(١) - للعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر - وإن كره ذلك ورثه رب الأرض - استحسانا ، فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر^(٢).

(١) السر : هو النحيل قبل أن يصير رطبا . (راجع المصاحح للمرحوم ١ ص ٤٨)

(٢) راجع المقدمة مع شرح تكملة فتح القدير ج ٩ ص ١٨١

النوع الرابع استحسان العرف والعامة

وهو الدخول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك ، أو بما اعتاده الناس.

وهو يتحقق في كل تصرف تعارف عليه للناس واعتادوه. إذا كان هذا التصرف يخالف قياسا ، أو قاعدة من القواعد المقررة .

يقول السيوطي : اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك سن الحيض، والبلوغ ، والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها وغيرها^(١) .

ويقول الشاطبي - نقلا عن ابن العربي - الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساما. فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الأيمان إلى العرف^(٢) .

والأمثلة لهذا النوع من الاستحسان كثيرة نذكر منها مايلي:

المثال الأول: حلف لا يأكل لحما . لم يحنث بالسكك

لو حلف الرجل لا يأكل لحما، فأكل سمكا، فإن القياس يقضى أن يحنث الحالف لأن الله سبحانه وتعالى قد سمى السمك لحما في قوله

(١) راجع الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى الباب الحلي وشركاه.

(٢) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٨ .

تعالى : ﴿ وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تكلون لحما طريا ﴾ ^(١). لكن ترك هذا القياس الذي يقضى بالحنث، وقلنا بعدم الحنث استحسانا لجريان العرف العام على أن السمك ليس بلحم، وإن سماه الله تعالى لحما ^(٢).

المثال الثاني: حلف لا يدخل بيتا ثم دخل مسجدا.

لو حلف رجلا على أن لا يدخل بيتا فدخل مسجدا. فإن القياس والقواعد العامة تقرر أن الحالف هنا يحنث لأن المساجد قد سماها الله تعالى بيوتا فقال تعالى : ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال ﴾ ^(٣).

لكن ترك هذا القياس، ولا يحنث الحالف هنا استحسانا لجريان العرف العام على أنه لا يطلق على المساجد بيوتا ^(٤).

المثال الثالث: استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها.

فإن استئجار المرضعة بأجرة معلومة جائز باتفاق، ويجوز بطعامها وكسوتها - استحسانا - عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى .

(١) سورة فاطر من الآية ١٢

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢، الهداية وشرحها جده ص ١٢١، أصول الفقه للمرديسي ص ٢١٦

(٣) سورة النور الآية ٣٦

(٤) راجع فتح القدير على الهداية جده ص ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٤، أصول الفقه للمرديسي ص ٢١٦.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ، فإنه لا يجوز إلا بأجر معلوم **ووجه استحسان أبي حنيفة:** أن العادة جارية بالتوسعة على المراضع شفقة على الأولاد وبذلك تكون الجهالة معدومة لتعارف الناس على ذلك^(١).

المثال الرابع: جواز وقف المنقول استقلاً عن العقار

وقف المنقول فإنه لم يرد نص يفيد جواز وقفه، لأن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً، فبمقتضى هذا الأصل لا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يتسارع إليه الفساد، ولا يقبل التأبيد، ولكن جاز وقف المنقول استحساناً لتعامل الناس به، وإن كان في القياس لا يجوز. فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني^(٢) أنه أجاز وقف ما جرى به العرف من المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوه^(٣). أهـ.

(١) راجع المقدمة وشروحها جـ ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. أبو عبد الله إمام بالفقهاء والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، له كتب كثيرة في الفقه والأصول منها المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير والآثار والسير والموطأ والأسال والمعارف في الحيل وغيرها توفي سنة ١٨٩ هـ (راجع الأعلام جـ ص ٨٠، الفتح المبين جـ ص ٨٠).

(٣) راجع شرح فتح القدير جـ ص ٢١٦

المثال الخامس : ما يعتبر رداً في العارية .

إذا استعار إنسان دابة من آخر فردها المستعير إلى اصطبل مالكها، فهلك لم يضمن استحساناً ، وفي القياس أنه يضمن لأنه لم يردّها إلى مالكها، وإنما ضيعها .

وجه الاستحسان : أنه أُلّي بالتسليم المتعارف عليه عرفاً وعادة، لأن رد العواري إلى دار المالك أمر معتاد كآلة البيت، ولو ردها المستعير إلى المالك، فإنه سيردها إلى المربط^(١).

المثال السادس : إذا استأجر الرجل جملًا ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى بلد كذا :

جاز استحساناً، وإن كان المحمل مجهولاً ، ومثل هذا يفسد الإجارة لجهالته، ولكن العرف قضى على ذلك، فيصرف إلى المتعارف، فانتهت الجهالة المؤدية إلى النزاع^(٢).

المثال السابع : هل لا يصلح فمقتضى القياس أن يحنث

بمجرد الافتتاح، كما في الصوم حيث يحنث بمجرد الشروع، ولكنه لا يحنث إلا بركعة تامة الأركان، لأن الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان ، فما لم يأت بجميع الأركان لا يسمى فعله صلاة،

(١) راجع تكملة فتح القدير على الفتاوى ج ١ ص ١٧ .

(٢) راجع تكملة فتح القدير ج ١ ص ١٥١ .

بخلاف الصوم فإنه ركن واحد وهو الإمساك، فيكرر في الجزء الثاني^(١).

النوع الخامس **الاستحسان بالمصلحة**

وهو أن يكون للمسألة حكم بمقتضى النص العام، أو القاعدة المقررة، ووجدت مصلحة تقتضي استثناءها من هذا الحكم وإعطاءها حكماً على خلافه، أو هو الأخذ بمصلحة جزئية في مسألة ما في مقابلة القياس، وذلك لأن الأخذ بالمصلحة أقرب إلى مورد الشرع، وفيه تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، لكن يجب أن تكون المصلحة قد شهدت لها النصوص الشرعية من حيث الجنس حتى تصلح لمعارضة القياس ورجحانها عليه، فحكم الاستحسان هنا عدل به عن نظائرها لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائرها^(٢).

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلي :

المثال الأول : ضمان الأجير المشترك استحساناً.

الأجير المشترك كالصباغ والخياط وغيرهما إذا هلك المال في أيديهم بغير تعد أو تقصير، فإن مقتضى القياس عدم الضمان لأن الأمين

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣ ، تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٥٥ ط الأزهر.

(٢) راجع الموافقات جزء ٢ ص ٢٠٧ وما بعدها.

غير ضامن إلا إذا تعدى، أو قصر في الحفظ ، ولكن عدل عن هذا، وحكم بالضمان للمصلحة ، وهي المحافظة على أموال للناس، وتأمين أمتعتهم من الهلاك نظرا لتفشي الخيانات بين الناس^(١).

المثال الثاني: إعطاء الزكاة لبني هاشم استحسانا.

إعطاء الزكاة لبني هاشم غير جائز بمقتضى النص العام وهو قوله ﷺ " إنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وقد جعل الله لهم في خمس الخمس من الغنائم ما يكفيهم يغنيهم"^(٢). ويلزم من هذا ألا تدفع الزكاة إليهم في أى وقت، ومع ذلك فقد أجاز أبو حنيفة ومالك دفع الزكاة لبني هاشم في زمانهما استحسانا على خلاف النص العام رعاية للمصلحة فني الإبقاء على حياتهم ، وحفاظا لهم من الضياع، ولما وقع عليهم من الاضطهاد في زمانهما ، ومنع عنهم حقهم في الغنائم.

(١) راجع العناية على الهداية جـ ٩ ص ١٢١ وما بعدها، للرافعات جـ ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ ٢ ص ١١٩، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ١٢٢.

(٢) هذا الحديث أخرجه مسلم بلفظ أخذ الحسن بن علي ثمرة فحملها في فيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " كخ كخ لرم ها أما علمت أنا لا نأكل الصدقة " وفي رواية " لا تحل لنا الصدقة " كما أخرجه الترمذي بلفظ " الصدقة لا تحل لنا، وأن موال القوم من أنفسهم " كما أخرجه الصنعاني في سبله بلفظ إن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث بن هاشم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عاملا على بعض الزكاة فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم " إن الصدقة لا تتنfy لآل محمد وإنما هي لأوساخ الناس " (راجع صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٧ ص ١٧٤، عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي جـ ٣ ص ١٥٩ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، سل السلام جـ ٢ ص ١٤٧ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان).

فهذا الاستحسان من أبى حنيفة ومالك - رضي الله عنهما - إنما هو عدول منهما عن الحكم بعدم إعطاء الزكاة لبني هاشم إلى الحكم بجواز إعطاءها لهم، بناء على المصلحة التي لاحظها كل منهما^(١).

المثال الثالث : قبول شهادة من يوثق بقوله في الجملة.

إن القياس يوجب أن يكون الشهود عدولا في كل قضية معروضة للنظر بين يدي القضاء، لأن العدالة هي ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، حتى يلزم القضاء بالحكم، ولكن إذا كان القاضي في بلد لا يوجد فيها عدول، فإنه يجب أن تقبل شهادة من يوثق بقوله في الجملة حتى لا تضيع الأموال والدماء^(٢).

المثال الرابع : خيار الشرط يورث عند الملكية .

إن المشتري لو اشترى سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم مات في أثناء المدة، فإن خيار الشرط يورث عند الملكية، فإن اتفق الورثة على فسخ العقد فسخ، وإن اتفقوا على إمضائه، أمضى عليهم أجمعين ، ولكن إن اختلفوا وقبل من رضى الإمضاء أن يأخذ نصيب من رد، فليس

(١) راجع العناية على الهداية جـ ٢ ص ٢٧٢، راجع الهداية مع فتح القدير جـ ٢ ص ٢٧٢ وما بعدهما، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ حلال الدين عبد الرحمن ص ٢١٧.

(٢) راجع أصول الفقه للشبح أن وهرة ص ٢٤٦.

العقد يمضى على البائع استحسانا ، وذلك لأن البيع قد بت من جانبه ، فلا يهمه من ينول إليه ما دام وارثا^(١).

المثال الخامس: اعتبار الاخوة الأشقاء كالأخوة أم في الميراث:

إن القياس يوجب ألا يأخذ الأشقاء إذا انحصر الإرث في الأم والزوج، والأشقاء، وأخوين لأم وأكثر، ولكن الاستحسان عند المالكية وكما قرر الصحابة لوجب أن يأخذوا ويعتبروا كإخوة لأم ، فإن هذا استحسان لمصلحة الاخوة الأشقاء، ومنعا للقياس العام^(٢).

المثال السادس: جواز بيع الوص مال الكبير الغائب ما عدا العقار.

فإن القياس لا يملك الوصي البيع لأنه موكل بالحفظ لا بالبيع، كما أن الأب لا يملك ذلك على الكبير الحاضر، ولكن عدل عن هذا القياس استحسانا لمصلحة الغائب إذا كان الشيء المباع يتسارع إليه الفساد لأننا لو منعناه من البيع لأدى إلى ضياع المال، ولما العقار فمحض بنفسه. حتى لو خيف عليه الهلاك صح بيعه^(٣).

(١) راجع للوافقات جـ ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦، البحر المحيط جـ ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول في اختصار الأصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧

(٢) راجع للوافقات جـ ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦

(٣) راجع تحليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلى ص ٣٥٨

النوع السادس

الاستحسان بالقياس الخفي

هو أن يعدل بالمسألة عن حكم للقياس الظاهر للمتبادر فيها إلى حكم آخر مغاير، بقياس آخر هو أدق، وأخفى من الأول، لكنه أقوى حجة، وأسد نظرا، وأصح استنتاجا، وأقوى تأثيرا من القياس الظاهر، أي أن في المسألة قياسان.

أحدهما : ظاهر ضعيف الأثر.

والثاني : خفي قوي الأثر فأخذنا بما هو قوي الأثر وسميناه استحسانا وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب القائلين بالاستحسان ومن هنا نجد أن بعض علماء الحنفية يقصرون تعريف الاستحسان على أنه قياس خفي يقابل قياسا جليا^(١).

قال : سعد الدين التفتازاني: والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا^(٢). أهـ.

وقال المرخسي : الاستحسان في الحقيقة قياسان. أحدهما جلي وضعيف الأثر يسمى قياسا ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحسانا، أي قياسا مستحسنا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و الواضح، وأن قوة الأثر

(١) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢، كشف الأسرار للبحاري ج١ ص ٣.

(٢) راجع حاشية التفتازان على شرح المعتمد ج٢ ص ٢٨٩

وضعه أساسه التمييز ورفع الحرج، فالاستحسان القياسي أساسه رفع الحرج^(١). أمـ.

وقال النعني^(٢): لما صارت العلة عندنا علة بأثرها قدمنا على القياس الاستحسان الذي هو القياس الخفي إذا قوي أثره، وقدمنا القياس لصحة أثره للباطن على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي فساد، لأنه لا رجحان للظاهر لظهوره، ولا للباطن لبطونه، وإنما الرجحان لقوة الأثر في مضمونه، فيسقط ضعيف الأثر في مقابلة قوى الأثر ظاهراً كان أو خفياً، فالدنيا ظاهرة والعقبي باطنة، وقد ترجح العقبي حتى وجب الاستغناء بطلبها، والإعراض عن طلب الدنيا لقوة الأثر من حيث الدوام والصفاء، وضعف أثر الدنيا من حيث الكدورة والفناء.

ولهذا قيل: لو كانت الدنيا من ذهب فإن، والعقبي من خزف باق، لكان الواجب على العاقل أن يختار الخزف الباقي، على الذهب الفاني، فكيف والأمر على العكس^(٣)؟ أمـ.

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلي:

(١) راجع أصول السرعسي جـ ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) هو عبد الله بن عمود النعني أبو البركات - حافظ الدين - فقيه حنفي من أهل إيدج من كور أصبهان ووفاته فيها، من مصنفاته مدارك التنزيل، كثر الدقائق، الكافي في شرح الرواي، كشف الأسرار شرح المنار في الأصول توفى سنة ٧١٠هـ وقبل سنة ٧٠١هـ (راجع الأعلام جـ ٤ ص ٦٧ وما بعدها، الفوائد البهية ص ١٠١).

(٣) راجع كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ومثله ذكر في أصول السرعسي جـ ٢ ص ٢٠٣، كشف الأسرار للحارثي جـ ٤ ص ١٠ .

المثال الأول: النظر للمرأة الأجنبية للتداوي:

فإن القاعدة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية. أنه لايجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لأنها عورة من رأسها إلى أخمص قدميها- لما في ذلك من الفتنة التي توقع في ارتكاب الفاحشة، لكنه جاز النظر للتداوي لما في ذلك من رفع المشقة، ودفع لها فجوز النظر استحسانا تيسيرا على المسلمين^(١).

وفي هذا يقول الإمام محمد أبو زهرة: إن المرأة عورة من قمة رأسها إلى قدميها، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجة كروية الطبيب، وأن هذا معارضة بين قياسين: أحدهما: ما قرره القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة، والوصف الثاني ما عساه أن يؤدي إلى مشقة في بعض الأحوال لحال العلاج . فأعملت على التيسير هنا في هذا الموضع^(٢).أهـ.

المثال الثاني: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن والمبيع

غير مقبوض.

فإن موجب القياس الظاهر أن الذي كان يجب عليه أن يقيم البينة هو البائع، وهو مدعى الزيادة، إذ هما اتفقا على المقدار، والاختلاف في الزيادة فهو للمدعى، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر، وإذا لم تكن بينة حلف المشتري لأنه للمدعى عليه، ولكن استحسن أن يحلف

(١) راجع الأدلة المخطف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبو الكارم ص ٢٧٥.

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧

البائع والمشتري، لأن كليهما ينكر شيئاً يدعيه الآخر، فالبائع يدعى الزيادة، وينكر استحقاق المشتري للمبيع من غير أدلتها، والمشتري يدعى استحقاقه للمبيع من غير هذه الزيادة، وينكر وجوبها. ونرى من هذا أن للاستحسان علة أقوى أثراً من علة القياس الظاهر.

وإذا كان الخلاف بعد القبض. فالاستحسان أيضاً أن يتحالف، وذلك لورود السنة بالتحالف إذ يقول النبي ﷺ "إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة تحالفا وترادا" (١).

وأن استحسان القياس يصح تعديته لأنه مبني على علة، والعلة تتعدى، ولذلك قالوا: أنه يكون التحالف قبل القبض في الإجارة كالبيع، أما بعد القبض، فإنه لا تحالف إلا في البيع (٢).

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي من طريق ابن مسعود بلفظ "إذا اختلف البيعان ولم تكن بينهما؟ قال القول: ما فسال رب السلعة أو يترادان، أخرجه أبو داود والنسائي من طريق الأشعث بلفظ "إذا اختلف البيعان وليس بينهما سنة فهو ما يقول رب السلعة أو يترادكان" (راجع سنن الترمذي جـ ٣ ص ٥٦١ كتاب البيوع — باب ما جاء إذا اختلف البيعان حديث رقم ١٢٧٠، سنن أبي داود جـ ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم حديث رقم ٣٥١١، سنن النسائي جـ ٧ ص ٣٠٢ كتاب البيوع — باب اختلاف المتبايعين في الثمن

(٢) راجع المقدمة مع تكملة فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٧ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها، كشف الأسرار للبخاري جـ ٤ ص ١١ وما بعدها، نزهة التحرير جـ ٤ ص ٨٣، شرح المنار وحواشيه ص ٨٢٠، أصول المرحسي جـ ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨.

المثال الثالث : طمارة سوء سباع الطير :

سور سباع الطير ، وهو بقية الماء الذى يشرب منه ، فإن سباع الطير كالنسر والحدأة تشبه سباع البهائم فى كون لحمها نجسا لا يؤكل ، وكونها تتغذى من الحيوانات ، وبما أن سور سباع البهائم كالسبع والفهد والذئب نجس فكذلك سور سباع الطير أيضا ، وذلك قياس ظاهر ، ولكن الاستحسان يتجه لقياس آخر خفى .

وبيانه : أن سور البهائم كان نجسا لوجود لعابها فى الماء ، واللعاب متصل باللحم فهو نجس بنجاسته ، أما سباع الطير فهي تشرب بمناقيرها ، فلا تلقى الماء فى لعابها ، ومناقيرها عظام لا تترك فى الماء أى أثر ، فلا يصيب الماء

نجاسة بشرب سباع الطير ، فلا يكون السور نجسا ، قياسا على سور الإنسان لأن الماء لا يتنجس بشرب الإنسان . وللاحتياط قالوا إنه مكروه .

ويرى بعض الباحثين أن التمثيل بهذا المثال غير صحيح استنادا إلى أن سباع الطير تأكل للنجاسات ، ومناقيرها لا تخلو من النجاسة ، وهى وإن كانت تشرب بمناقيرها ، وهو عظم فلا تخالط رطوبتها الماء ، إلا أنه لا يصح قياسها على سور الإنسان ، لأنه قد ينزل من جوفها شئ حين شربها فينجس الماء .

وما يقال : إن من عادة هذه الطيور أنها بعد أكلها تترك الأرض بمناقيرها ، وهو عظم يطهر بذلك .

نقول: إن هذه عادة بعض الطيور في بعض الأحيان، ولا يصح أخذ حكم كلي بناء على استقراء جزئي.

والأولى أن يكون هذا المثال من الامتصاص بالضرورة ورفع الحرج عن الناس، ويكون القياس المقابل للاستحسان هو القياس الاصطلاحي^(١).

المثال الرابع: حق المرور، والري، والصرف، تدخل في وقف الأراضي الزراعية.

حقوق المرور، والري، والصرف تدخل عند وقف الأراضي الزراعية تبعاً، دون النص عليها، أو ذكرها في العقد استحصاناً.

وإن كان القياس يقتضي عدم دخولها، فكان القول بدخول تلك الحقوق في وقف الأراضي الزراعية، عدول عن قياس ظاهر، وهو قياس الوقف على البيع بجامع أن كلا منهما يخرج الملك، فالبيع يخرج ملك المبيع عن بئعه، والوقف يخرج ملك الموقوف عن الواقف.

ولما كانت الأراضي للزراعية عند بيعها لا تدخل فيها حقوق الشرب، والمرور دون النص على ذكرها، يقاس عليها وقف الأراضي للزراعية، أما القياس الخفي فهو قياس الوقف على الإجارة. بجامع أن

(١) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣ وما بعدها، كشف الأسرار للسني ص ٢٩١ وما بعدها، أصول السرخسي ص ٢٠٤، تيسر التحرير ص ٧٨ وما بعدها، كشف الأسرار على أصول البزدوي ص ٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨، شرح فتح القدير ص ٩٦، أصول الفقه الإسلامي للدكتور بهرام أبو العنين بدران ص ٢٠٣، الأدلة المخطف فيها للدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ وما بعدها، التلويح ص ١٦٣ وما بعدها.

المقصود من كل منهما. هو الانتفاع بالعين دون تملك الرقبة، وعند إجارة الأرض تدخل حقوق شربها، وارتفاقها دون نص عليها، فيقياس على ذلك وقفها، فتدخل الحقوق عند الوقف استحسانا، وسبب العدول عن القياس للظاهر إلى القياس الخفي هو أن المقصود من وقف الأراضي الزراعية، هو الانتفاع بالموقوف لا ملك رقبته، ولا يمكن الانتفاع على هذا الوجه إلا بدخول تلك الحقوق بدون ذكر، لما في ذلك من تحقيق للمقصود^(١).

المثال الخامس: الصلاة على الجنازة وركابنا.

فإن مقتضى القياس أن الصلاة على الجنازة ركابنا تجوز لأنها دعاء، إلا أنه عدل عن القياس إلى بطلانها استحسانا، لأنها صلاة من وجه لكونها تحتوي على التحريمة، فقياس صلاة الجنازة على الصلاة بالمعنى الشرعي لا اشتراكهما في تكبيرة الإحرام أقوى من قياسها على المعنى اللغوي من حيث الاشتراك بالدعاء^(٢).

المثال السادس: عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية.

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمدا، ثم مات ^{عن هذا} العطف ^{على هذا} بالسراية، فإنه يقتل القاطع قصاصا، لأنه قتل عمد وموجب القصاص،

(١) راجع شرح فتح القدير على المفاتيح ج ٦ ص ٢١٥ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور محمد سعيد أبو بكر العيني ص ٢٠٣

(٢) راجع شرح فتح القدير على المفاتيح ج ٢ ص ١٢٧

فإذا عفا المجرى بغيره قبل الموت، فالحق، ثم مات بالمفرقة فالقياس وجوب القصاص، لتحقيق موجبه وهو القتل العمد، وفي الاستصحاب لا يقتل وتجب عليه الدية^(١).

جاء في الهداية: «ومن قطع يد رجل، ففعل المقتول عساة وسدو عن القطع، ثم مات من ذلك، فعلى القاطع الدية في ماله، وكينان ينبغي أن يجب القصاص وهو القيان، لأنه هو الموجب للعمند، إلا أن في الاستصحاب يجب الدية، لأن صورة العفو أو رثت، شبهة وهو من دائرة اللقود، أي دافعة ومنقطعة للقصاص^(٢) أم».

المثال المستفاد من القاطع والموت من مديته.

من المقرر، فقال أن من له دين خال على آخر - سبق ذراهم، أو دينار - فميرق منه مثله قبل أن يموت فيها ويعتبر أخذه لها، مستيقداً ولا تقطع يده، أما إذا كان الدين موجلاً، فالقياس أن تقطع يده إذا سبق مثله قبل حلول الأجل، إلا أنه لا تقطع يده استصحاباً لأن الطلب أجل، لتأخير المطالبة، ثم إن ثبت الحق وإن تأخرت المطالبة به، يصير شبهة دائمة للقطع، وإن كانت لا يلزمه الإعطاء حالاً^(٣).

(١) راجع العناية على الهداية ج ١ ص ٢٥١

(٢) راجع العناية مع تكملة شرح فتح القدير ج ١ ص ١٥٢ وما بعدها.

(٣) راجع العناية على الهداية ج ١ ص ٣٧٧، الأذلة المخطف فيها للذكور / محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦، الفقه الإسلامي وأدلة المذاهب ومعه الرجالي ج ٢ ص ١٨١ وما بعدها.

جاء في الهداية: «ومن له على آخر ذلهم فسرقت مثلها لم يقطع، لأنه استيفاء للحق، والخالق والموجّل فيه سواء استخساناً، لأن التأجيل لتأخير المظالمية أم» (١).

وبعد فهذه هي أهم أنواع الإمتحان عند القائلين به، ومنها يتبين بجلاء أن الإمتحان ليس قاصراً على القياس الخفي للواقع فتأتي مقابلة القياس الجلي كما صوره بعض غطاء الأصول، كما أنه ليس قاصراً على الإمتحان الثابت بالنص، أو الإجماع، أو للضرورة، أو للقياس الخفي، بل يكون ثابتاً بغيرها من الأدلة كالعرف والمصلحة.

كما أن القياس الذي يذكر في مقابلة الإمتحان، قد يكون المراد به القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام، أو المقاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه معطك بعض الأصوليين.

المبحث الخامس

في

الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به

فَهَيْتَلْ

ذكرنا فيما سبق في للمبحث الأول في تعريف الاستحسان أنه عند بعض الحنفية هو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي، أو هو دليل وقع في مقابلة للقياس، أو هو للدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه يقتضي هذا العدول.

وعند المالكية: هو استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيها قياس عام.

وعند بعض الحنابلة هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من الكتاب والسنة.

وعند أبو الحسين البصري: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول.

ومن العلماء من قال : إنه التيسير ورفع الحرج.

إذا تقرر هذا أذكر للفرق بين الاستحسان والقياس، والاستحسان والمصلحة المرسلة، والاستحسان وتخصيص العلة، والاستحسان والارخصة.

١- القول بكون الاستحسان والقياس:

إن القياس هو إظهار حكم واقعة نص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع في واقعة أخرى لا نص على حكمها لاشتراكها في علة واحدة.

أما الاستحسان فالواقعة دل على حكمها نص أو إجماع. ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تقويت مصلحة، أو جلب منفعة فيحلل عن هذا الحكم إلى حكم آخر لدليل يقتضي هذا الحل. فالقياس مظهر لحكم الأصل في الفرع عند الاشتراك في علة واحدة.

أما الاستحسان فهو يترك حكماً يجب أن يطبق على واقعة ما لضرورة، أو حاجة، أو دليل يقتضي هذا للترك^(١).

هل الحكم بالاستحسان أحد حكمين صحيحين؟ أو أن الاستحسان

مسلط لغيره.

وهي المسألة التي يتنازعها موجب القياس والاستحسان، هل تعد مسألة فيها رأيان في المذهب؟

أجوبة: أن الحكم للقياس والآخر أن الحكم للاستحسان؟ وعلى ذلك يكون الأخذ بحكم الاستحسان أرجح من القياس، ومن عمل بحكم القياس يكون قد أخذ بقول مرجوح، أم أنه لا يوجد فيها

(١) راجع أصول الفقه للدكتور/ محمد زكريا اللودي ص ٣٢٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد الزحلي

إلا قول واحد في المذهب، وهو حكم الاستحسان الذي أسقط
للقول بالقياس ؟

لو تتبعنا عبارة العلماء في كتب الفقه الحنفي لوجدنا أن اللفظ
المذكور في أغلب المسائل الاستحسانية هو " إلتنا تركنا القياس "
والمتروك لا يجوز العمل به .

ومعنى ذلك عدم جواز العمل بالقياس في الموضع الذي أخذ فيه
بالاستحسان ، وإذا كان القياس متروكا لايجوز العمل به، كانت المسألة
التي يتنازعها بحسب الظاهر موجب للقياس والاستحسان، ولا يوجد فيها
إلا قول واحد عند الحنفية^(١).

وقال المرخسي: إن بعض المتأخرين من أصحابنا ظن أن العمل
بالاستحسان أولى مع جواز جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان
وهذا وهم عندي، فإن اللفظ المذكور في عامة الكتب إلا أنا تركنا هذا
للقياس والمتروك لا يجوز العمل به، وربما قيل إلا أنى استتبع ذلك ،
وما يجوز العمل به شرعاً يكون استتباعه كفرأ، فعرفنا أن للقياس متروك
في معارضة الاستحسان أصلاً ، وأن الأضعف يسقط في مقابلة
الأقوى^(٢) أهـ.

(١) راجع الفروع جـ ٢ من ١٦٣، أصول الفقه للإمام محمد أبى زهرة ص ٢٥١

(٢) راجع أصول المرخسي جـ ٢ من ٢٠١

حكم تعارض القياس الظاهر مع الاستحسان القياسي:

درج علماء الأصول من الحنفية على تقسيم القياس إلى قياس ضعیف أثره ، وإلى قياس ظهر فسادہ وخفیته صحته، وقسموا الاستحسان القياسي إلى استحسان قوى أثره واستحسان خفي فسادہ وظهرت صحته^(١).

وعند التعارض يقدم الاستحسان قوى الأثر على القياس ضعيف الأثر، ويقدم القياس الظاهر الذي ظهر فسادہ، وخفیته صحته على الاستحسان الذي خفي فسادہ وظهرت صحته^(٢).

وحقيقة التعارض واقع بين قياسين الأول ظاهر والثاني خفي والترجيح يدور حول قوة العلة وأثرها في الحكم، فالقياس الظاهر ينقسم إلى قياس ضعفت علته في مقابلة قياس خفيت علته أقوى تأثيراً في الحكم فيترجح العمل بالقياس الخفي .

والقسم الثاني للقياس الظاهر هو قياس ظهر فسادہ، وخفیته صحته في مقابلة قياس خفي ظهرت صحته وخفي فسادہ. والمراد بخفاء الصحة في القياس الجلي بأن ينضم إلى وجه القياس معنى دقيق يورثه قوة ورجحاناً على وجه الاستحسان في القياس الخفي فيسترجع القياس

(١) راجع فواتح الرحموت وشرحه ج٢ ص ٣٢٢، أصول السرخسي ج٢ ص ٢٠١ وما بعدها، أصول الفقه للحضري ص ٤١٤ ط دار المعارف للطباعة - تونس.

(٢) راجع التلويح ج٢ ص ١٦٣، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩٢ وما بعدها

الظاهر الذي خفيت صحته على الاستحسان لضعف علقته، وقوتها في القياس الظاهر^(١).

٣- الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسلّة :

يرى جمهور المالكية أن هناك فرقا بين الاستحسان والمصلحة المرسلّة حيث إن الاستحسان عندهم استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض أجزائه، في حين أن المصالح المرسلّة تكون حيث لا يكون دليل سواها، فحيث لا يكون في الموضوع قياس فيه حمل على نص، تكون المصلحة المرسلّة هي الدليل وحدها، أما إذا كان في الموضوع قياس وحصل أن طرد القياس يوقع في مشقة أو حرج أو يدفع مصلحة، فإنه يترك القياس استحسانا لجلب المصلحة، ودفع المشقة والتوسعة.

إذا الفارق بينهما ينحصر في أن الحكم الاستحسانى في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد لرعاية المصلحة.

أما المصلحة المرسلّة فينبغي أن لا تكون مخالفة لقياس يعارضها بل لا بد أن تكون المصلحة فيها هي الدليل الوحيد.

(١) راجع نظرية الاستحسان رسالة ماجستير لأسامة الحمري ص ٥٧ وما بعدها ط دار الفكر - دمشق.

يقول الشيخ أبو زهرة : ومعنى هذا الكلام أن الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء، أما المصالح المرسلة فإنها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها^(١) أم.

ويرى بعض المالكية كالشاطبي وابن العربي وغيرهما إلى أنه لا فرق بين الاستحسان ، والمصالح المرسلة. وهذا يتفق مع رأى من ينكر المصالح المرسلة^(٢).

يقول الشاطبي: فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا : نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة^(٣).

وأرى أن هناك فرقا بين المصلحة المرسلة والاستحسان، لأن المصلحة لا توجد إلا إذا لم يكن هناك دليل سواها بخلاف الاستحسان فهو ثابت بدليل لكن خولف هذا الدليل لدفع مشقة أو لرفع حرج.

٣- الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة :

زعم بعض العلماء أن الاستحسان من باب تخصيص العلة إلا أن حقيقة الأمر ليست كذلك، لأن انعدام حكم القياس في صورة الاستحسان المقابلة سببه هو انعدام العلة، ومثال ذلك أن موجب نجاسة سور سباع

(١) أصول الفقه الشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) راجع الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٣ وما بعدها، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٨،

حاشية البناني على شرح المحلى ج٢ ص ٣٥٣.

(٣) راجع الاعتماد ج٢ ص ٣٢٤

الوحش هو الرطوبة النجسة في الآلة للشاربة ، ولم يوجد ذلك في سباع للطير فانتقض الحكم لذلك^(١).

قال صاحب التلويح : إن إثبات الحكم بطريق الاستحسان ترك للقياس بدليل أقوى منه ، هو ليس من تخصيص العلة بمعنى انتقاء الحكم للمانع من تحقق العلة لوجهين:-

أحدهما : أن القياس بل الوصف فيه ليس بعلّة عند وجود للمعارض الأقوى لما سبق من أن شرط القياس أن لا يعارضه دليل أقوى منه، فانتقاء الحكم في صورة القياس مبني على عدم العلة لا على تحقق المانع مع وجود العلة.

ثانيهما : أن العلة في القياس ما يلزم من وجودها وجود الحكم بدليل الإجماع على وجوب تعدية الحكم إلى كل صورة توجد فيها العلة من غير تقييد بعدم المانع فكل ما لا يلزم من وجوده الحكم بل يتخلف عنه ولو لمانع يكون علة، ولما كان هذا الوجه صالحا لأن يجعل دليلا مستقلا على بطلان العلة^(٢). أهـ.

(١) راجع أصول الفروع ج ٢ ص ٢٠٤، التلويح ج ٢ ص ١٧١، نسمات الأسفار ص ١٥٥ ط دار الكتب العربية - مصر.

(٢) راجع التلويح ج ٢ ص ١٧٠ وما بعدها.

٤ - الفرق بين الاستحسان والرخصة:

الرخصة في اللغة: هي السهولة والتيسير يقال: رخص السعر إذا سهل وتيسر، وهي ضد الغلاء، فرخصة الله لعباده تسهيله عليهم، والرخصة في الأمر التخفيف فهي خلاف التشديد^(١).

الرخصة في الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة عند الأصوليين، وسنتعرض لتعريفها، وذلك من أجل بيان الفرق بينها وبين الاستحسان. خصوصاً وأن الاستحسان كما قال بعض الأصوليين هو نوع من الترخيص.

عرفها الإمام الغزالي فقال: ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم^(٢).

وعرفها الشاطبي فقال: هي ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصاد على مواضع الحاجة فيه^(٣).

وعرفها بعض العلماء فقال: هي ما ثبت ثانياً مبنياً على أضرار العباد: أو يقال هي: للحكم الثابت على خلاف للدليل لعذر. وعرفها بعض الشافعية فقال: هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم، لولا للعذر لثبتت الحرمة في حقه^(٤).

(١) راجع مختار الصحاح ص ٢٣٨ وما بعدها، الإحكام للأمندي ج ١ ص ١٨٨.

(٢) راجع المستصفي ج ١ ص ٩٨.

(٣) راجع للرافعات ج ١ ص ٣٠١.

(٤) راجع فواتح الرحموت وشرحه ج ١ ص ١١٦، الإحكام للأمندي ج ١ ص ١٨٨.

من هذه التعريفات تبين لنا أن الرخصة تدور حول أمرين هما:
الأول: وجود العذر، وهو المشقة والحاجة أو الإكراه أو الضرورة،
فالمشقة والحاجة هي العذر المبيح لرخصة الإقطار للمسافر
والمريض، والإكراه هو العذر المبيح لرخصة النطق بكلمة الكفر
مع اطمئنان القلب بالإيمان، والضرورة هي المبيحة لرخصة تتول
المضطر للميتة، ورؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها.

الثاني: بقاء سبب الحكم الأصلي قائما فالمكلف يجوز له العمل بحكم
الرخصة في موضع مع بقاء الحكم الأصلي.

فالرخصة ليست الحكم الأصلي بل حكم جاء مانعا من استمرار
الحكم الأصلي، والترخيص يقتضي الجواز، وهذا يعني أن المكلف مخير
بين الأخذ بالعزيمة أو الأخذ بالرخصة، ولوجود الحكمين في المسألة
وهما حكم العزيمة وحكم الرخصة.

وهنا يتجلى لنا الفرق بين الاستحسان والرخصة وهو. أن العمل
بحكم الاستحسان يلغي الحكم الأصلي المقابل له، لأن حكم القياس
المعدول عنه إلى الاستحسان أصبح متروكا.

أما الرخصة فالمكلف مخير بين العمل بالرخصة أو الأخذ
بالعزيمة التي هي الحكم الأصلي، أي أن العمل بالرخصة جائز مع بقاء
الحكم الأصلي قائما^(١).

(١) راجع أصول الشرحي ج ٢ ص ٢٠١، التلويح ج ٢ ص ١٦٣ وما بعدها، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي
ص ٧٥ وما بعدها.

قال الشاطبي: ومن الاستحسان أيضا : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وقصر الصلاة والفطر للمسافر، وسائر الترخيصات التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار الحال في جلب المصالح ودرء المفاسد حيث كان الدليل العام يقتضي المنع، ذلك لأننا لو أبقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان الواجب مراعاة ذلك المآل إلى إقصاءه، ومثلته الاطلاع على العورات في التدلوي، والقرض، والمسقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع، وأشياء من هذا القبيل كثيرة^(١) أهـ.

وقد عبر السرخسي عن هذا المعنى في تعريفه للاستحسان حين قال: " إنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، وقيل إنه طلب السهولة في الأحكام والأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، ثم قال وأخيرا هو ترك العسر لليسر^(٢) .

وعبر ابن العربي عن ذلك في تعريفه للاستحسان حيث قال: " إنه ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والتخفيف لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته.

إلا إنني أرى أن ما ذكره بعض الأصوليين من أن سائر الترخيصات تندرج في مفهوم الاستحسان، لا بد وأن يحمل على محمل التجوز، أي

(١) راجع المرفقات جـ ٢٠٧

(٢) راجع المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥

لعلهم قصدوا بالرخصة معناها اللغوي وهو التيسير والتسهيل ورفع الحرج عن الناس.

لأن الترخيص يقتضي التخيير للمكلف بين العمل بالحكم الأصلي العزيمة، أو العمل بحكم الرخصة، أما حكم الاستحسان بعد ثبوت دليله فإنه يلغي جواز العمل بالحكم الأصلي المقابل له. كما أن الرخصة تعتبر استثناء من أصل كلي أو قاعدة. فإن الاستحسان ينفرد عنها فيما ليس استثناء، وذلك في الاستحسان للقياسي لأن حقيقته راجعة إلى الترجيح بين الأقيسة المتعارضة، وأن المرجع فيه إلى قوة الدليل ودقته لا إلى الحاجة والتيسير^(١).

(١) راجع نظرية الإباحة للدكتور / محمد سلام مذكور ص ٤٢٦ وماعدها ط دار النهضة العربية ، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٦ وما بعدها.

المبحث السادس

في

أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان

في الفقه الإسلامي

مَهَيِّدٌ

إذا كان استنباط الأحكام الشرعية متوقفة على علم أصول الفقه تبين أن هناك تلازما وثيقا بين الفقه والأصول، يظهر أثره عند تطبيق المستنبط للحكم الشرعي، سواء على نفسه أم على غيره.

ولذلك يقول الإمام الشاطبي - رحمه الله - كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو تكون عوناً في ذلك، فوضعها في أصول الفقه عارية^(١). أهـ.

هذا ولقد ترتب على خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان وعدمه خلافهم في كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هاك بعضاً منها.

(١) راجع للملاحظات ج ١ ص ٤٢

المسألة الأولى

في

شروط الخيار لغير المتعاقدين

اتفق الفقهاء على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط الخيار للأجنبي- أي لشخص غير العاقدين - والخلاف على مذهبين أذكرهما فيمايلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية عدا زفر- والمالكية وبعض الحنابلة ونقل عن الشافعي في أحد قوليهِ وهم يرون أن اشتراط الخيار لغير العاقدين يجوز ويصح البيع ويلزم الشرط استحصانا.

جاء في الهداية : ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره. فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض^(١) أهـ .

وجاء في بداية المجتهد : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك يجوز ذلك، والبيع صحيح^(٢) أهـ.

(١) راجع المقدمة مع شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٢٠، ومثله في بدائع الصانع ج٥ ص ١٧٤

(٢) راجع بداية المجتهد ج٢ ص ٢١٢

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن شرط الخيار لأجنبي صح، وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره^(١) أهـ.

وجاء في المجموع قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران أحدهما باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي - رحمه الله - ^(٢) أهـ .

المذهب الثاني:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الصحيح، والقاضي من الحنابلة، وزفر من الحنفية. وأصحاب هذا المذهب يرون عدم صحة شرط الخيار لغير العاقدين .

جاء في المذهب: وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان. أحدهما لا يصح^(٣) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني لم يصح^(٤) أهـ.

وجاء في الهداية، وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر^(٥) أهـ.

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٠٠

(٢) راجع المجموع جـ ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٣) راجع للمذهب جـ ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٠٠

(٥) راجع الهداية جـ ٣ ص ٣٢٠

الألمة

١- **دليل المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائل بجواز اشتراط الخيار لغير العاقدین بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه، وجودة رأيه، ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفس الخيار^(١).

٣- **دليل المذهب الثاني:** استدل أصحاب المذهب الثاني القائل. بعدم صحة الخيار لغير العاقدین. فقالوا: إن الخيار من مواجب العقد، وحكم من أحكامه، فلا يثبت لغير العاقدین. كاشتراط الثمن على غير المشتري، وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين، فلا يكون لمن لاحظ له فيه^(١).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وألمة كل فريق يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول القائل : بجواز اشتراط الخيار لغير العاقدین استحسانا لحاجة الناس، ودفعاً للحرج عنهم.

(١) راجع المقدمة مع شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٢٠ وما بعدها، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٤ ، النامية على

المقدمة ج٦ ص ٣٢٠

المسألة الثانية

قبض الهبة بغير إذن الواهب

القبض في الهبة عند الحنفية والشافعية شرط صحة للزوم الهبة. حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض.

وعند الإمام أحمد: القبض شرط لصحة الهبة إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن.

وعند المالكية: لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتتمامها. بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب.

واتفق الفقهاء - عدا للمالكية - على أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن للبائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الهبة أولى، فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضاً^(١).

(١) راجع المفتي لابن قدامة ج٣ ص ٥٠٠، المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٢١٠

(٢) راجع بدائع الصالحات ج٦ ص ١٢٢، المدونة مع تكملة شرح فتح القدير ج٩ ص ٢١، مغني المحتاج ج٢ ص

٤٠٠، المجموع شرح المهذب ج١٥ ص ٣٧٩، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٩، حاشية الدروري على الشرح

الكبر ج٤ ص ١٠٤، المفتي لابن قدامة ج٦ ص ٤٤.

واختلفوا فيما إذا لم يأمره بالقبض، ولم ينهه، فإذا قبض الموهوب له الهبة هل يصح القبض أم لا ؟ والخلاف على مذهبين هاك بيانهما.

المذهب الأول:

وعليه للشافعية والحنابلة وهم يرون أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب مطلقا سواء قبضها في مجلس العقد أم بعده.

جاء في مغني المحتاج ، ولا بد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب، سواء أكان في يد المتهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، دخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده^(١) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة. والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها للموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض^(٢) أهـ.

(١) راجع مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح للمذهب جـ ١ ص ٣٧٩.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية وهم يرون أن الموهوب له إذا قبض الموهوب فسي
مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الاشتراق
عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن الواهب في القبض^(١).

الأدلة

١- دليل المذهب الأول القائل: بعدم جواز قبض الهبة بغير إذن الواهب
فقالوا : إن التسليم غير مستحق على الواهب، كما أن القبض غير
مستحق للموهوب له، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب
قياساً على أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع الثمن ، فلا يصح
إلا بإذن البائع ، ولو استقل بأخذه كان من ضمانه، وذلك سواء في
مجلس العقد أم خارجه .

وقالوا : إن وجه القياس أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن
ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه^(٢).

٢- دليل المذهب الثاني القائل: بجواز قبض الهبة بغير أمر الواهب
وفرقوا بين القبض في مجلس العقد وفي غيره. استدلوا بالاستحسان .

(١) راجع العناية مع الهدية جـ ٩ ص ٢١، مدائع الصنائع جـ ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٦، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ ٥ ص ٣٧٩، العناية

جـ ٩ ص ٢١ وما بعدها.

وجه الاستحسان:

أن القبض في الهبة بمنزلة القبول من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك. والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض، فكان إنفاً دلالة. وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت للتسليط فيه إلحاقاً له بالقبول، والقيد يتقيد بالمجلس فكذاك ما يلحق به^(١).

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق يتبين لنا أن المرجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني - وهم الحنفية - وذلك لأن قصد الواهب من الهبة تملك الشيء الموهوب للموهوب له. فصار الإيجاب منه دلالة بالإذن بالقبض، كما أن الواهب لو لم يرد الإقباض فله أن ينهي الموهوب له عن قبض الشيء الموهوب ويسترده منه.

(١) راجع للمطالبة مع العناية جـ ٩ ص ٢٢ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٤، الفقه الإسلامي للدكتور / وحيبة الزحيلي جـ ٢٠ وما بعدها ط دار المكر.

المسألة الثالثة

في

شركة المفاوضة

تعريف المفاوضة لغة :

للمفاوضة في اللغة معاني متعددة، فقيل إنها مشتقة من التفويض، لأن كل واحد من الشريكين يفوض إلى الآخر أمر التصرف في مال الشركة، ومن هذا قوله تعالى: ﴿ وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد ﴾^(١).

وقيل: هي مشتقة من الفوض بمعنى الانتشار، يقال فاض الماء إذا انتشر فلما كان هذا العقد مبنيًا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات وفي عموم التجارة سمي مفاوضة.

وقيل: هي المساواة، وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف.

والراجح أنها مشتقة من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر^(٢).

(١) سورة غافر من الآية ٤٤

(٢) راجع تاج العروس ج ٥ ص ٣٤٦، المصاح النور ج ٢ ص ٤٨٥، مختار الصحاح ص ٥١٤، فتح القدير ج ٦ ص ١٥٦، القاموس المحيط ج ٢ ص ٣٥٣ ط مصطفى الباق الحلبي وأولاده بمصر، بدائع الصائع ج ٢ ص ٥٨

تعريف المفاوضة في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفها وسأذكر بعض هذه التعريفات حتى يتبين لنا هل هي جائزة أم لا ؟.

تعريفها عند الحنفية:

هي أن يشترك اثنان أو أكثر وأن يكونا متساويين في رأس مال الشركة. وفي رموس أموالهم للخاصة ، ولهم الحق في إدارتها بالتساوي. ولا بد من تحقق هذه الشركة عندهم من عدة شروط فليرجع إليها من شاء^(١).

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع للتجارات، يفوض كل واحد منها أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق^(٢). أهـ.

تعريفها عند المالكية:

هي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله. مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات^(٣).

(١) راجع للبوط ج١ ص ١١٢، فتح القدير ج٦ ص ١٥٦، بدائع الصنائع ج٦ ص ٥٨

(٢) راجع المقدمة ج١ ص ١٥٦

(٣) راجع بداية المتهجد ج٢ ص ٢٧١، شرح الرزقاني على مختصر خليل ج٦ ص ٤٤

قال في الشرح الكبير. ثم إن أطلقا التصرف. بأن جعله كل لصاحبه غيبة، وحضورا. في بيع وشراء، وكراء ولكتراء، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع — كالرقيق — مفاوضة^(١). أهـ.

تعريفها عند الحنابلة:

هي أن يشتركا في جميع الأنواع مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك^(٢).

تعريفها عند الشافعية:

هي أن يشتركا ليكون بينهما كسبهما بأموالهما وأبدانهما، وعليهما ما يعرض من غرم، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد^(٣).

التعريف المفتار:

يتضح مما سبق أن تعريف الحنفية قد جاء مستوعبا لكل ما يصح شرعيتها، ويفيد جوازها، غير أن شروط هذه الشركة عند الحنفية تجعلها نادرة الوقوع.

هذا وبعد تعريف شركة المفاوضة اختلف العلماء في جوازها على

مذهبين:

(١) راجع الشرح الكبير على مختصر خليل جـ ٢ ص ٣٥٢

(٢) راجع المفتي لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٢

(٣) راجع المجموع شرح المهذب جـ ١٤ ص ٧٤، معنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١٢.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، وهم يرون أن شركة المفاوضة جائزة وأن اختلفوا في معناها وشروطها^(١).

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة والشيعة وهم يرون عدم جواز شركة المفاوضة بل أنكروها إنكاراً تاماً حتى قال الإمام الشافعي. وشركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئاً من الدنيا باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة^(٢).

(١) راجع المقدمة مع فتح القدير ج ٦ ص ١٥٧، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦٠، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥١، المنقذ لابن قدامة ج ٥ ص ٢٢.

(٢) راجع المجموع شرح للمذهب ج ١٤ ص ٧٤، مفتي المحتاج ج ٢ ص ٢١٢، الأم ج ٣ ص ٢٠٦.

الأدلة

١- أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية ومن معهم على جواز شركة المفاوضة بالاستحسان ووجه هذا الاستحسان ما يلي:

أ - قوله ﷺ "فاوضوا فبته أعظم للبركة"^(١).

وجه الدلالة:

فإن في الحديث توجيه من سيدنا رسول الله ﷺ ، وهو يدعو إلى الإحسان في نوع التعامل المعروف لتعظم البركة فيه ، ويزاد اليمن ففي هذا الحديث إقرار لشركة المفاوضة ودعوة إلى الإحسان فيها^(٢).

ب- إن الناس تعاملوا بها من غير نكير، كما أنها تتضمن أمرين جلتزين هما الوكالة والكفالة ، وتجاوز كل واحدة منهما حال الانفراد فكنذلك في حالة الاجتماع، ثم إن شركة المفاوضة من طرق استئناء المال

(١) هذا الحديث ذكره الزيلعي بدون إسناد وقال : عنه غريب، ولم يرحه ابن ماجه في سننه من طريق صالح عن صهيب عن أبيه بالنقل قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة وإحلاط السر بالشعر للبيت لا للبيع" وقال ابن ماجه في إسناده صالح بن صهيب مجهول (راجع نصب الرأية جـ ٣ ص ٤٧٥ كتاب الشركة، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٦٨ كتاب التجارة - باب الشركة والمضاربة حديث رقم ٢٢٩٨).

(٢) راجع المفاداة مع فتح القدير جـ ٦ ص ١٥٧

أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت شركة المفاوضة جائزة كشركة العنان^(١).

لليل المذهب الثاني: على عدم جواز شركة المفاوضة استكلوا بالقياس.

ووجه القياس :

أن شركة المفاوضة تشتمل على الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول وكل ذلك فاسد على الأفراد، لأنها تشتمل على أنواع من الغرر، وواحد منها يكفي لبطلانها فكيف إذا اجتمعت فهي قمار، أو أشد منه^(٢).

أجيب عن ذلك:

بأن الجهالة متحملة لأنها إنما تثبت تبعاً، والتصرف قد يصح تبعاً، ولا يصح مقصوداً. كما في المضاربة فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتسم الإلزام، كما أن شركة المفاوضة لا غرر فيها لأن الشركاء اتفقوا على أن يلتزم كل منهم بما يلزم الآخر بالتساوي^(٣).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن شركة المفاوضة جائزة لأن نصوص الشريعة ليس فيها ما يدل على

(١) راجع بدائع الصائع ج٦ ص ٥٨، المدللة وشروحها ج٦ ص ١٥٨

(٢) راجع المجموع ج١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج ص ٢١٢، الأم ج٣ ص ٣٠٦

(٣) راجع المدللة مع فتح القدر ج٦ ص ١٥٨، بدائع الصائع ج٦ ص ٥٨

تحریمها وليس الفرر محقق فیها، وليس فیها استغلال شریک لآخر لأن
کل من الشریکاء راض بأن یتلزم بالحقوق التي یتلزم بها شریکة.

المسألة الرابعة

في

إقرار الوكيل بالخصومة

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله. هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هلك بينهما

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية ونسب إلى ابن أبي ليلى، وأصحاب هذا المذهب يرون أن إقرار الوكيل على الموكل بقبضه الحق المدعى به، أو نحوه كتسليم وكيل المدعى عليه بحق الخصم فيما ادعاه لا يقبل إقراره، ولا يلزم الموكل سواء كان الإقرار في مجلس القاضي أو غير في مجلسه^(١).

جاء في الأم: وإذا وكل للرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة إنه وكله بأن يقر عليه، ولا يصالح، ولا يبرئ، ولا يهب، فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل^(٢) أهـ.

وجاء في بداية المجتهد: واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة. هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك لا يتضمن^(٣) أهـ.

(١) راجع الأم جـ ٣ ص ٢٠٧، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٧٨،

المقنن لابن قدامة جـ ٥ ص ٧٢، المغلدة مع فتح القادر جـ ٨ ص ٢٠٧

(٢) راجع الأم جـ ٣ ص ٢٠٧

(٣) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٧

وجاء في المغني لابن قدامة: إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره^(١) أهـ.

المذهب الثاني: وعليه - أبو حنيفة ومحمد من أصحابه - رحمهم الله تعالى -:

وهما يرون أن الوكيل إذا أقر في مجلس القاضي جاز إقراره، ولزم موكله، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس للقضاء.

جاء في الهداية: وإذا أقر للوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه مطلقا^(٢). أهـ.

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

القائل بعدم قبول إقرار الوكيل على موكله. فقالوا إن الوكيل مأمور بالخصومة، والخصومة حقيقتها المنازعة بينما الإقرار يعتبر مسالمة ومساعدة في وصول الخصم إلى الحق المتنازع عليه فهما

(١) راجع للمغني لابن قدامة جـ ٢ ص ٧٢

(٢) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٤

مقتضادان، والأمر بالشئ لا يتناول ضده^(١). بدليل عدم ملكيته المصلحة والإبراء لتضاد هذه الأفعال معنى الخصومة. وأيضا لصحة استثناء الإقرار في الخصومة، فلو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه^(٢).

٣- دلائل المذهب الثاني:

القائل ، بقبول إقرار الوكيل عند القاضي لا غير، ويلزم الموكل ما أقر به، ولا يلزم عند غيره- ويخرج من الوكالة- استدلوا بالاستحسان.

وجه الاستحسان:

أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه، وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للإنكار، والإقرار جميعا دون أحدهما عينا وطريق المجاز بين الخصومة، ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة، فينصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب تحريا لصحة كلام الموكل، لأن كلام العاقل بصان عن الإلغاء.

(١) بل تراجع أن الأمر بالشئ لم ي عن ضده (راجع المستصفى ج١ ص ٩٨)

(٢) تراجع للمعني لأن قدامة ج٥ ص ٧٢، الأم ج٣ ص ٢٠٧، المعاني مع تكملة فتح القدير ج٥ ص ١١٤، بدائع الصانع ج١ ص ٢٤

والتوكيل يتناول جوابا يسمى - خصومة حقيقة أو مجازا - والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء، فيختص به. وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لا حقيقة ولا مجازا، إذ الإقرار خصومة - مجازا - من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فلا إقرار يكون خصومة مجازا في غيره، فلا يتناوله الجواب الموكل به^(١).

استدل أبو يوسف على قوله : بقبول إقرار الوكيل على الموكل مطلقا . إن الوكيل قائم مقام الموكل، فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذلك إقرار نائبه، وهو الوكيل فيقبل إقراره عليه مطلقا^(٢).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح لا يصح إقرار الوكيل بالمدعي الأصلي الموكل على إثباته أساسا، بخلاف ما يظهر من وجوه أثناء الخصومة فيصح إقراره بها وهذا بالنسبة لوكيل المدعي، أما للوكيل من قبل المدعي عليه لا يصح إقراره بالمدعي عليه إن كان متحدا وإلا جاز إقراره بالبعض.

(١) راجع المقدمة مع تكملة فتح القدير جـ ٢ ص ١١٧، العناية على المقدمة جـ ١ ص ١١٧، بدائع الصنائع جـ ٦

(٢) راجع للمراجع السابقة .

المسألة الخامسة

في

ردة الزوجين معا

إذا تزوج معلم بمسلمة، وبعد زواجهما ارتدا معا، فهل يبقى النكاح على حاله أم أنه يفسخ؟.... وهل للحكم قبل الدخول كالحكم بعد الدخول .

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين هك بيانهما:

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية والإمامية وأصحاب هذا المذهب يرون أن ردة الزوجين معا إذا كانت قبل الدخول يفسخ النكاح في الحال، وإذا كانت بعد الدخول توقفت الفرقة على انقضاء العدة كالقول في ردة أحدهما^(١).

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية -عدا زفر- وهو رواية عن أحمد وهو مذهب الزيدية وأصحاب هذا المذهب يرون أن الزوجين إذا ارتدا معا بقي النكاح استحصانا^(٢).

(١) راجع مفتي المحتاج جـ ٣ ص ١٩٠، والإقناع جـ ٣ ص ٢٠٤، بلإع الصانع جـ ٢ ص ٣٣٧، الهداية مع فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٠، حواشر الكلام شرح شرائع الإسلام جـ ٣ ص ٣٧ ط أنصار السنة المحمدية.

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٠ وما بعدها، السوط جـ ٤ ص ٤٩، المفتي لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٦٤، الفواكه الدواني جـ ٢ ص ٤٩ ط مصطفى الباي الحلبي وأولاده - مصر.

الأدلة

أولاً: أدلة المذهب الأول: القائلين بالتفريق بين الدخول وعدمه استدلوا

بما يلي

١- إن الردة طرأت على النكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياساً على ردة أحدهما^(١).

٢- إن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله، واستباحة نساء^(٢).

٣- إن في ردة الزوجين معا ردة أحدهما وزيادة فإذا كانت ردة أحدهما منافية للنكاح فردتهما أولى بالبينونة^(٣).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني: القائلين بأن النكاح لا يفسخ استحساناً. ووجه الاستحسان المنقول والمعقول .

فمن المنقول:

ما روي أن بني حنيفة^(٤) ارتكوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه ولم يأمرهم بتجديد الأتكة بعد التوبة ، ولا أحد من الصحابة - رضي الله عنهم - فحل ذلك محل الإجماع^(٥).

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٦٤

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع تبين الحقائق جـ ٢ ص ١٧٨ ط دار المعرفة - بيروت - لسان فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣١ ، ملاتع الصنائع

جـ ٢ ص ٣٣٧ ، المبسوط جـ ٥ ص ٤٩

(٤) وهي ديار نسب لبني زيد بن ثعلبة الحنفيزن باليمامة وقتلهم خالد بن الوليد على رأس جيش وانتصر عليهم (راجع الأعلام جـ ٧ ص ٢٢٦ ، معجم البلدان جـ ٢ ص ١١٠ ط دار صادر بيروت - لبنان .

ومن المعقول بما يلي:

إن الزوجين إذا ارتدا معا لم يختلف لهما دين ، ولا دار فيبقى ما كان على ما كان كما إذا أسلم الكافران^(١).

أ - إن ردة الزوجين معا وإسلامهما معا. دليل للموافقة كما هو مقتضى النكاح بخلاف ردة أحدهما، وذلك لأن جهة المناقاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامهما بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره^(٢).

٢- هذا وبعد عرض ما قاله الفقهاء، وأدلة كل قول يتبين لنا أن القول للراجع والأولى بالقبول هو القول الثاني للقائل بأن ردة الزوجين معا لا تفسخ النكاح وهو استحسان من الحنفية لأنه لم يوجد من الزوجين اختلاف دين ولا دار فبقي ما كان على ما كان، كما أننا لو ألزمناهم بتجديد الأتكة لكان في ذلك مشقة، وكان ذلك تفسيرا لهم عن الرجوع إلى الإسلام.

(١) راجع فتح القدير على المدة جـ ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٢٨، اليسوط جـ ٥ ص ٤٩

(٢) راجع البحر الزخار جـ ٦ ص ٤٢٦ الناشر دار الكتاب الإسلامي.

(٣) راجع تبين الحقائق جـ ٢ ص ٨٧٨، فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣١.

المسألة السادسة

في

حكم قاطع الطريق في المصر

قاطع الطريق هو: الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور. سواء كان القطع من جماعة أو من واحد، وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا والحجر والخشب بعد أن يكون له قوة القطع^(١).

فمن قطع الطريق في المصر، أو قريبا منه أو في القرى . هل يعتبر قاطع طريق، ويقام عليه حد قطاع الطريق، أو لا يكون قاطع الطريق إلا في الصحراء . اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانها.

المذهب الأول:

وعليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وبعض الحنفية. ونسب إلى الليث والأوزاعي وأبي ثور وأصحاب هذا المذهب يرون أن قطع الطريق يكون داخل المصر وخارجه على حد سواء. جاء في بداية المجتهد: واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء^(٢). أهـ

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٠.

(٢) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٥، ومثله في حاشية الدررقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٤٨

وجاء في الأم: والمحاربون الذين هذه حدودهم - بعد ذكره حد قاطع للطريق - اللقوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق، وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنباً فحدودهم واحدة^(١) أهـ.

وجاء في للمغني لابن قدامة : وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام للمحاربين لهم شروط ثلاثة :

أحدهما: أن يكون ذلك في الصحراء، فإن كان ذلك منهم في القرى والأصهار ، فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الخراقي. أنهم غير محاربين ، قال وقال كثير من أصحابنا هو قاطع حيث كان^(٢) أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : أن يكون في غير مصر فإن كان بمصر لا يجب الحد سواء كان القلع نهاراً أو ليلاً، وسواء كان بسلاح أو غيره. وهذا استحسان، وهو قولهما. وللقياس أنه يجب وهو قول أبي يوسف^(٣) أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة ومن أصحابه محمد بن الحسن وبعض الحنابلة ونسب إلى الثوري وإسحاق وأصحاب هذا المذهب يرون أن لا يكون

(١) راجع الأم ج٦ ص ١٥٢ ومثله جاء في مفتي الختاج ج٤ ص ١٨١

(٢) راجع للمغني لابن قدامة ج٩ ص ١٤٤

(٣) راجع بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٢ ومثله جاء في المبوط ج٥ ص ٢٠١

قطع الطريق إلا في الصحراء، ولا يكون في المصر ولا في القرب منه ولا في القرى^(١).

جاء في الهداية: ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة، فليس بقاطع طريق^(٢) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: والمحاربون للذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيعصبونهم المال مجاهرة^(٣) أهـ.

الأدلة

١- أدلة أصحاب المذهب الأول:

القائلين بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا استنكروا بالكتاب والقياس والمعقول إليك بيان هذه الأدلة:

دليلهم من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٤).

(١) راجع المبسوط ج ٩ ص ٢٠١، منافع الصنائع ج ٧ ص ٩٢

(٢) راجع المغني مع فتح القدير ج ٥ ص ٤٣١

(٣) راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٤

(٤) سورة المائدة الآية ٣٣

وجه الدلالة:

أن الآية عامة تتناول كل محارب سواء كان في المصر أو في الصحراء وحيث لم تفرق بينهما وجب الحد على من قطع الطريق في المصر وهو المدعى^(١).

دليلهم من القياس:

ووجه أنه إذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق. قياسا على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء وهو موضع للخوف، فلأن يجب في المصر وهو موضع الأمن أولى، لعظم جراتهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم^(٢).

ج- دليلهم من العقول:

قالوا إن محاربة شرع الله ﷻ، وتعدى حدوده، لا يختلف تحريمها بكونها خارج المصر أو دخله كغيرها من سائر المعاصي من زنا وشرب خمر وغيرهما . إلا أن الشافعية قالوا يشترط في قاطع الطريق أن يكون له شوكة أى قدرة وقوة مغالبة لغيره، والمغالبة إنما تأتي بالبعد عن العمران بحيث لو قال الشخص يا غوثاه أغاثه الناس، وتوجد المغالبة في المصر أيضا حال ضعف السلطان^(٣).

(١) راجع للفتي لابن قدامة ج٩ ص ١٤٤، مفتي المحتاج ج٤ ص ١٨١، المدللة مع فتح القدير ج٥ ص ٤٣١.

(٢) راجع بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٢، البسوط ج٩ ص ٢٠١.

(٣) راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي ج٥ ص ١٣٤ وما بعدها.

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب للقائلون بأن قطع الطريق لا يكون إلا في الصحراء ولا يكون في المصر بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع، والطريق لا ينقطع في الأمصار وفيما بين القرى، لأن المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب، كما أن الناس يغيثون المقطوع عليه في كثير من الأحيان فكان القطع في المصر بالغصب أشبه، فعليه التعزير ورد ما أخذ من مستحقة، وهذا ظاهر الرواية عند الحنفية لكن المفتي به خلافة أي أن المفتي به هو رأي أبي يوسف الذي يقضي بأن الحراية تقع في المصر ليلا ونهارا، بسلاح أو بدونه دفعا لشر المتغلبة والمفسدين^(١).

جاء في بدائع الصنائع وقيل: إنما أجاب أبو حنيفة - عليه الرحمة - على ما شاهده في زمانه. لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح: فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر، والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد. وعلى هذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - فيمن قطع بين الحيرة والكوفة - أنه لا يجري عليه

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ ص ٤٣١ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ص ٧٢، المسوط جـ ص ٢٠١، المعنى لابن قدامة جـ ص ١٤٤، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي جـ ص ١٣٤.

الحد لأن الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصاله بالمصر. والآن صار ملتحقاً بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق^(١) أ.هـ. هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقان يتبين لنا أن للراجع ما عليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بأنه يثبت قطع للطريق داخل المصر وخارجه على حد سواء، لأنه إذا وجب الحد على قاطع الطريق في الصحراء. فمن باب أولى وجوبه على قاطع الطريق في المصر لأن الصحراء موضع للخوف، والمصر موضع الأمن فإذا تحقق قطع الطريق في المصر دل على عظم جرائعهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم. فيطبق عليهم الحد دفعا لشرهم.

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٢ ومثله جاء في الموطأ جـ ٩ ص ٢٠١ وما بعدها.

المسألة السابعة

الاشتراك في السرقة

إذا دخل جماعة الدار فأخذوا متاعاً، وحملوه على ظهر رجل منهم أو رجلين، وخرج الباقون من غير حمل شيء، أو دخل جماعة منهم الدار، وأخذوا المتاع، وترصد الباقون لحراستهم. فهل يقطع الحامل للشيء، والداخل في الدار فقط أم يقطع الجميع ؟
اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بينهما :

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي ومالك وزفر من الحنفية، وأبو ثور وابن المنذر. وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الذي أخرج المتاع وتولى الأخذ فقط.

جاء في الأم : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معاً. ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم . قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها، وكذلك لو كانوا جماعة فوقف بعضهم على الباب، أو في موضع يحميهم فمن أخذ المتاع منهم - قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرج من جوف البيت^(١) أهـ .

(١) رابع الأم ص ١٤٩

وجاء في حاشية الدسوقي : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشيء دون الآخر ، وهم شركاء فيما أخرجوه - لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم^(١) .

وجاء في الهداية : والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر رحمه الله^(٢) . أهـ .

المذهب الثاني :

وعليه أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الجميع^(٣) .

جاء في الهداية : إذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا^(٤) . أهـ .

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن دخلوا جميعا فأخرج أحدهم المتاع وحده ، فقال أصحابنا للقطع عليهم^(٥) . أهـ .

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٥ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده - مصر .

(٢) راجع المفاتيح ج ٥ ص ٣٨٩

(٣) راجع فتح القدير على المفاتيح ج ٥ ص ٣٨٩ ، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١

(٤) راجع المفاتيح ج ٥ ص ٣٨٩

(٥) راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١

الأدلة

١- استدلال أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بأن القطع على المخرج فقط بالقياس الظاهر.

وجه القياس:

أن الإخراج قد وجد منه وحده والسرقة تمت به فكان هو السارق وحده، وإنما القطع على السارق فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئاً لا يجب فيه القطع لا يقطع لأنه لم يتحقق شرط القطع^(١).

٢- استدلال أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن للقطع على الجميع استدلال بالاستحسان.

وجه الاستحسان:

أن إخراج المتاع من الحرز - وإن قام به البعض لكنه في المعنى يعتبر من الكل لتعاونهم واشترلكهم في هناك الحرز إذا المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع، وينتهي بالاقون للدفاع والحماية. فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود^(٢).

(١) راجع معنى المحتاج جـ ١٧٢، شرح الزرقاني على الموطأ جـ ١١٧، الفهامة جـ ٣٨٩

(٢) راجع البناء على الفهامة جـ ٥٧٩ ط دار الفكر، فتح القدير على الفهامة جـ ٣٨٩ وما بعدها،

العناية على الفهامة جـ ٣٨٩

جاء في المغني لابن قدامة: أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج المتاع فلزم القطع كما لو حملوه جميعاً^(١) أهـ.

وجاء في الهداية: ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في المارقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقيون للدفع فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد^(٢) أهـ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح قول أصحاب المذهب الثاني للقاتل بأن القطع على الجميع، وذلك حتى لا يؤدي الاشتراك إلى الإفلات من العقاب، وتضييع الحقوق وتعطيل الحدود .

(١) راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٩

(٢) راجع الهداية ج ٥ ص ٣٩٠، الناية على المغنية ج ٥ ص ٣٧٩

المسألة الثامنة

اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل

اتفق العلماء على أنه إذا اختلف شهود الزنا . فشهد اثنان أنه زنى بها في بلد كذا واثنان في بلد كذا، أو أنه زنى بها في بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في بيت آخر .
فالإتفاق على أن هذه البيئة لا تقبل، ولا يقام على المتهمين الحد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعدتين .
وأما إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية من البيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكان البيت صغيرا ضيقا، والزوايا متقاربة. فقد اختلفوا في ذلك على مذهبين لأحدهما فيما يلي .

المذهب الأول:

وعليه جمهور المالكية والشافعية . وزفر من الحنفية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هذه الشهادة لا تقبل، ولا يثبت بها الحد^(١).
جاء في بداية المجتهد: وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا يختلف لا في زمان ولا مكان ألا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة

(١) راجع بداية المجتهد ج ٦ ص ١٣٥، مفتي المحتاج ج ٤ ص ١٥١

الزوايا المشهورة، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن البيت يطؤها غير الركن الذي رآها فيه الآخر^(١) أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : ولو عين شاهد من الأربعة زاوية من زوايا البيت لزناه، وعين الباقيون منهم زاوية غيرها لم يثبت الحد^(٢) أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد - رحمهم الله تعالى - وأصحاب هذا المذهب يرون أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد.

جاء في بدائع الصنائع : ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت، وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه^(٣) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: وإن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية بيت، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى منه وكانت الزاويتان متقاربتين كملت شهادتهما وحد المشهود عليه^(٤) أهـ.

(١) راجع بداية المتهجد جـ ٢ ص ١٣٥

(٢) راجع معي المحتاج جـ ٤ ص ١٥١

(٣) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٧٤

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

الذين قالوا برد هذه الشهادة وعدم ثبوت الحد بها.
فقالوا : إن الاختلاف في المكان كالاختلاف في الزمان، والاتفاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة فكذلك الاختلاف في المكان ، كما أن الاختلاف يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره^(١).
جاء في مغني المحتاج لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فأشبه ما لو قال بعضهم زنى بالغداة، وبعضهم بالعشي^(٢) أهـ.
وجاء في بداية المجتهد : وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فأجمعوا على أنها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان، والظاهر من الشرع قصده إلى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود^(٣) أهـ.
وجاء في الرسالة : وأي استحسان في سفك دم امرئ مسلم. وأشار بذلك إلى إيجاب الحد على المشهود عليه بالزني في الزوايا^(٤) أهـ.

(١) راجع الفقه الإسلامي للدكتور / وعة الزحيلي ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) راجع مغني المحتاج ص ١٥١

(٣) راجع بداية المجتهد ص ١٣٥

(٤) راجع الرسالة ص ٥٥

وجاء في نفائس الأصول : قولهم في شهود الزنى وجب الرجم استحسانا والقياس يقتضي وجوب الحد، فلم يساعدكم دليل شرعي لأنسه تعذر إيراد شهادتهم على زنية واحد ، فصار كما لو شهدوا على الزنى في بيوت فإنه لا يثبت الحد اتفاقا، وليس لهم أن يقولوا. استحسان تصديق الشهود، لأن تصديق الشهود لا يقتضي الحد جزما^(١) أهـ.

وجاء في المستصفي ردا على القائلين بالاستحسان وتفرعهم هذه المسألة وهذا هوس، لأننا نصدقهم ، ولا نرجم المشهود عليه. كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو شهدوا في دور، وندراً للرجم من حيث لم نعلم يقيناً اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فندراً الحد بالشبهة أحسن^(٢). أهـ.

٣- استعمل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بقبول الشهادة وإقامة الحد عليهما بالاستحسان

وجه الاستحسان:

أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير والكلام فيه- ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل، لأن البيت إذا كان صغيراً- والفعل وسطه- فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب- فيقول إنه في الزاوية التي تليه، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لا حقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل

(١) راجع نفائس الأصول في شرح الأصول ج ١ ص ٤٠٣ وما بعدها.

(٢) راجع المستصفي ج ١ ص ١٣٩

واحد، وذلك بغرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل، وذلك ممكن لصغر المكان^(١).

جاء في الهداية، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان . والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة^(٢). أهـ

وجه الاستحسان:

أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاه في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم^(٣).

وجاء في المغني لابن قدامة : ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في أحدهما وتمامه في الأخرى، أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منهما، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا^(٤). أهـ.

والظاهر من الكلام السابق أن اختلاف الشهود في المكان لا يؤثر في الشهادة، ولا يورث شبهة فلا يدرأ الحد عن المشهود عليهما عند أصحاب هذا المذهب.

(١) راجع فتح القدر على الهداية جـ ص ٢٨٦ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ص ٧٩، العناية على الهداية جـ ص ٢٨٦

(٢) راجع العناية جـ ص ٢٨٦

(٣) راجع المرجع السابق.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ ص ٧٤

هذا وبعد عرض ما قاله للفريقان ، وأتلة كل فريق يتبين لنا أن
الراجع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بعدم قبول هذه
الشهادة ، وعدم ثبوت الحد بها. لأن اختلافهم في مكان أورث شبيهة ،
والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من
غيره.

المسألة التاسعة

تصدق بجميع ماله ولم ينفو الزكاة

اتفق الفقهاء على أن النية شرط في أداء الزكاة تمييزاً لها عن الكفارات ، وبقية الصدقات. لقول النبي ﷺ " إنما الأعمال بالنيات " (١). وأداؤها عمل، ولأنها عبادة كالصلاة فتحتاج إلى نية لتمييز الغرض عن النفل .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة، وتصدق بجميع ماله، ولم ينفو الزكاة هل يسقط عنه الواجب، أو يبقى في نتمته؟
اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه - المالكية والشافعية والحنابلة. وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينفو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة ، كما لو وهبه أو أنفقه ، وكما لو كان عليه صلاة فرض فصلى مائة صلاة نافلة لا يجزئها (٢).

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من طريق عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه " (راجع صحيح البخاري جـ ٤ ص ٢٨٤ ط نسخة مصر ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٣ ص ٥٣ ط دار إحياء التراث العربي).

(٢) راجع الشرح الصغرى جـ ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ط دار المعارف - مصر ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥ ط علم الفكر - القاهرة، المجموع شرح المهذب جـ ٦ ص ١٨٥ ، المفتي لابن قدامة جـ ٢ ص ٥٠٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية، وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا بشرط ألا ينوي بها واجبا آخر من نذر أو غيره^(١).

الأدلة

استعمل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بعدم سقوط الزكاة عنه فقالوا : إنه لا تسقط عنه لأنه لم ينو بما دفعه الفرض فلم يسقط عنه، وقاسوا ذلك على الصلاة. فإنه لو صلى ما شاء أن يصلي ولم ينو الفرض لا يسقط عنه ما لم يصله بنية الفرض، والصدقة تصلح فرضا وتطوعا فلا بد من التعيين^(٢).

جاء في المعنى لابن قدامة : لو تصدق بجميع ماله تطوعا، ولم ينو الزكاة لم يجزئه ولا يصلح لأنه لم ينو به الفرض فلم يجزئه. كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو للفرض بها^(٣) أهـ.

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ ٢ ص ١٧٠، الصاية على الهداية جـ ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ ٣ ص ٨١٠ وما يعللها ط دار الفكر.

(٢) راجع المجموع شرح المذهب جـ ٦ ص ١٨٥، الشرح الصغير جـ ١ ص ٦٦٦ وما يعللها، فرائض الأحكام الفقهية ص ٩٥

(٣) راجع المعنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٥٠٦

٣- استدلال أصحاب المذهب الثاني:

وهم الحنفية على مذهبهم القائل : بسقوط فرض الزكاة عنه استحسانا .

وجه الاستحسان:

أن الواجب جزء من ماله، وهو ربع العشر فكان متعينا في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبإداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب^(١).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو قول جمهور العلماء القائل بعدم سقوط الفرض عنه إن لم ينو الزكاة، لأن العبادات جميعها لابد فيها من النية.

(١) راجع الماية على المداية جـ ٢ ص ١٧٠، فتح القدير مع المداية جـ ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/أوهة الزحيلي جـ ٣ ص ٨١٠ وما بعدها.

المسألة العاشرة

في

محاذاة الرجل المرأة في الصلاة

اتفق الفقهاء على أن السنة - فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء - أن يصف النساء خلف للصفوف.
واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال، أو رجل في صف النساء على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه: وهم يرون أنه تقصد صلاة من حاذته المرأة من الرجال. ولا تقصد صلاة المرأة^(١). إذا تحققت شروط المحاذاة وهي : أن ينوي الإمام إمامتها، وأن تكون للصلاة مشتركة، وأن تكون مطلقة ، وأن تكون للمرأة من أهل الشهوة ، وأن لا يكون بينهما حائل .

المذهب الثاني:

وعليه الأئمة الثلاثة - مالك والشافعي وأحمد وهم يرون أن محاذاة الرجل للمرأة في الصلاة فإنه يكره ولا تقصد صلاة أحد من النساء أو للرجال.

(١) راجع مذهب الحنفية ، وما قيل في شروط المحاذاة في المقدمة وشروحها جـ ١ - ٣٦٠ وما بعدها، الباب ٢ - من

٣٣٣ وما بعدها.

جاء في الشرح الكبير . يكره صلاة رجل بين صفوف النساء ، وكذا محاذاته لهن بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره ، ويكره صلاة النساء بين صفوف الرجال ، وكذا محاذاتها لهن^(١) أهـ .

وجاء في الأم : ولو أن رجلاً لم رجلاً ونساء فقام النساء خلف الإمام ، أو للرجال خلفهن أو قام النساء حذاء الإمام فائتمن به ، والرجال إلى جنبهن كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام ، ولم تقصد على واحد منهم صلاته^(٢) أهـ .

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن وقفت المرأة في صف للرجال كره ، ولم تبطل صلاتها ، ولا صلاة من يليها^(٣) أهـ .

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول :

على مذهبهم القائل بفساد صلاة من حاذته المرأة من الرجال ، ولا تقصد صلاة المرأة . استدلوا على ذلك بالاستحسان .

وجه الاستحسان :

أن في المحاذاة ترك فرض مقام الإمام ، ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته ، أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض على

(١) راجع الشرح الكبير ج ١ ص ٣٣١ ط دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي وشركاه .

(٢) راجع الأم ج ١ ص ١٥٠

(٣) راجع للمغني لابن قدامة ج ٢ ص ١٥٠

الرجل في صلاة يشتركان فيها . لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال "أخروهن من حيث أخرهن الله" ^(١).

أمر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها، كما أن المرأة لا ينسب إليها تقصير كالمأموم إذا تقدم على الإمام ومن هنا قلنا . بفساد صلاة للرجل دون المرأة .

اعتراض على ذلك:

بأن الخبر الذي استدللتم به خبر واحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتتم به فرض للقيام

اجيب على ذلك:

بأن هذا الخبر من الأخبار المشهورة ، وليس من أخبار الأحاد ، فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء بل يثبت باعتبار أنه وقع بياننا لما تضمنه كتاب الله تعالى في قوله : ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ ^(٢) . فالحق بالكتاب فأخذ حكمه ^(٣).

(١) قال المصنف عن هذا الحديث أخرجه الطبراني من قول ابن مسعود من حديث مطول وفيه . كان الرجل والمرأة في بني إسرائيل يصلون جميعاً ثم كانت المرأة إذا كانت لها حليل تلبس القالبين فقوم عليهما فزاعده حليلها فكان ابن مسعود يقول "أخروهن من حيث أخرجهن الله" قيل فما القالبان ؟ قال : أرجل من عشب يتعفنهما النساء يتشرفن الرجال في المساعدة . والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وقال الزيلعي في نصب الرتبة حديث غريب (راجع كشف الخفاء جـ ١ ص ٦٩ الناشر مكتبة التراث الإسلامي، نصب الرتبة جـ ٢ ص ٣٦ ط دار المأمون بشار).

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٨

(٣) راجع أدلة الحنفية في النجاة جـ ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها ، والعمدة جـ ١ ص ٣٦١ ، للفتاوى جـ ١ ص ٣٦٠ وما بعدها.

٣- استدلال أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة يكره، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال: استدلوا بالقياس هاك بيانه:
قياس حال الصلاة على ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لا تبطل صلاته بالإجماع. فقد ثبت أن الرسول ﷺ كان يصلي وعائشة^(١) رضى الله عنها نائمة بين يديه^(٢) فكذلك في الصلاة^(٣).

أجيب عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه هو المخاطب بقوله ﷺ " أخرهن " دون المرأة فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام^(٤).
هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتضح لنا أن الراجع أن محاذاة المرأة للرجل في الصلاة تفسد صلاته دون صلاتها .

(١) هي أم المؤمنين رضى الله عنها بنت أبي بكر الصديق ﷺ تزوجها النبي ﷺ بمكة قبل الهجرة بثلاث سنوات وتوفيت في خلافة معاوية سنة ٥٨ هـ ولها سبع وستون سنة ودفنت بالبقيع (راجع أسد الغابة جـ ٧ ص ١٨٨ ط الشعب، الإصابة جـ ١٣ ص ٣٨ ناشر الكليات الأزهرية

(٢) ولفظ الحديث أن النبي ﷺ كان يصلي صلاته من الليل وعائشة معترضة بين يديه اعتراض الخنازة (راجع مسند أحمد جـ ٦ ص ٣٧٥، سنن أبي داود جـ ١ ص ١٨٩ كتاب الصلاة- باب من قال المرأة لا تطع الصلاة.

(٣) راجع الأم جـ ١ ص ١٥٠، والمغني لابن قدامة جـ ٢ ص ١٥٠، الشرح الكبير ص ٣٣١

(٤) راجع العناية على المقلدة جـ ١ ص ٣٦٢

بالشروط السابق ذكرها. لأن تأخير المرأة في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الإجماع.

المسألة العامة عشرة

في

طهارة خبز الحمام والعصفور

إذا وقع في البئر خبز الحمام^(١) والعصفور هل يفسد الماء ؟ أم لا، وهل هذا الخبز طاهر أم نجس ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية والظاهرية، والمستفاد من كلام الحنابلة وأصحاب هذا المذهب يرون أن خبز الحمام والعصفور طاهر، فلو وقع في البئر لا يفسد الماء، ويكون طاهرا^(٢).
جاء في الهداية: فإن وقع فيها خبز الحمام أو العصفور لا يفسده^(٣). أهـ.

(١) خبز الحمام يضم الحاء والراء- العنزة - وجمعه عذرة مثل حند وحند والحمامة عند العرب ذوات الأظفار، وعند العامة هي النواجن فقط، ويجمع حمامات وحمام (راجع المصباح للنو - ج ١ ص ١٦٧، النابغة على الهداية - ج ١ ص ٣٩٢)

(٢) راجع النابغة على الهداية - ج ١ ص ٣٩٢، العناية على الهداية - ج ١ ص ١٠٠، القوانين الفقهية ص ٣٥، المحلى لابن حزم - ج ١ ص ١٩١ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة - ج ١ ص ٣٠

(٣) راجع المغنية وشرحها - ج ١ ص ١٠٠

وجاء في تبیین المسالك: وأما فضلات مباح الأكل فطاهر^(١) أهـ.
وجاء في المحلي لابن حزم : وونیم^(٢) للذباب والبراغيث والنحل
وبول الخفاش إن كان لا يمكن للتخفظ منه، وكان في غسله حرج أو
عسر لم يلزم من غسله إلا ما لا حرج فيه ولا عسر^(٣). أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية وهم يرون أن خراء الحمام والعصفور نجس فلو
وقع في البئر يفسد الماء، ويكون الماء نجساً^(٤).

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بطهارة خراء
الحمام والعصفور بالاستحسان.

وجه الاستحسان ما يلي:

أ- ما روى أن النبي ﷺ شكر الحمامة وقال " إنها أوكرت على باب الغار
حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل للمساجد مأواها"^(٥).

(١) راجع تبیین المسالك جـ ١ ص ١٢٤ ط دار العرب الإسلامي.

(٢) فتح القروى وكسر الون وآخره ميم وهو عره الذباب (راجع للمصاح للنو جـ ٢ ص ٦٧٣)

(٣) راجع المحلي لابن حزم جـ ١ ص ١٩١

(٤) راجع مفتي المحتاج جـ ١ ص ١٨٨، المذهب في فقه الإمام الشافعي جـ ١ ص ١٨٣ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

(٥) لم يوجد في كتب الحديث وجاء بنصه في البداية والنهاية جـ ٣ ص ١٨٢ ط مكتبة المعارف - بيروت - لبنان.

وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسة خراء الحمام والعصفور.

ب- فإن الصدر الأول ومن بعدهم أجمعوا على إقتناء الحمامات في المساجد - حتى المسجد للحرام - مع ورود الأمر بتطهيرها^(١) لقوله تعالى : ﴿وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيّتي للطائفين والعاكفين والركع السجود﴾^(٢).

٣- مليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم طهارة خراء الحمام والعصفور بالقياس.

وجه القياس:

أن خراء الحمام والعصفور متحول إلى نتن وفساد. فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين.

- نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق.
- ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل، وخراء الحمام والعصفور من النوع الأول فأشبهه خراء الدجاجة وهو نجس بالاتفاق^(٣).

(١) راجع دليل الخفية في البناء على المعابة جـ ١ ص ٣٩٢، فتح القدير على المعابة جـ ١ ص ١٠٠، المعابة جـ ١ ص ١٠٠

(٢) سورة البقرة من الآية ١٢٥

(٣) راجع دليل الشافعية في التهنيد في فقه الإمام الشافعي جـ ١ ص ١٨٣، مفتي المحتاج جـ ١ ص ١٨٨

أجيب على ذلك:

بأن موجب التنجس النتن والفساد، والنتن هنا غير موجود ، وانتقاء الجزء يستلزم انتقاء الكل، فإن قال : الفساد وحده مما يوجب قلنا: منقوض بالمنى فإنه قد فسد وهو طاهر، وسائر الأطعمة تفسد بطول المكث ولا تنجس، على أنه إن تنجس فيما نحن فيه سقط بالضرورة^(١). هذا ويعد عرض أقوال العلماء، وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول للقاتل. بطهارة خراء الحمام والعصفور، لأن الضرورة تقضي بذلك لأن هذا مما يصعب الاحتراز عنه.

(١) راجع الإنابة على المفادة جـ ١ ص ٣٩٤، العناية على المفادة جـ ١ ص ١٠٠

المسألة الثانية عشرة

في

حدوث عيب في الأضحية

الأضحية لغة : اسم لما يضحي به أو لما يذبح أيام عيد الأضحية^(١).

واسطاعاً : هي ذبح حيوان مخصوص بنية القرابة في وقت مخصوص،

أو هي ما يذبح من النعم تقرباً إلى الله تعالى في أيام النحر^(٢).

والأضحية عند الجمهور سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليها،

وعند الحنفية هي واجبة في كل عام على المقيمين من أهل الأمصار.

واتفق الفقهاء على أن المعيبة لا تجزئ في الأضحية، وإن

اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز^(٣).

فإذا اشترى شاة للأضحية - وهي سليمة من العيوب - ثم تعيبت

قبل الذبح فهل تجزئ في الأضحية إذا نبجها بعد حدوث العيب أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب ولكثرة هذه المذاهب

سأذكر كل مذهب ودليله بعده حتى يتبين المقصود ، ويكون قريباً لفهم

كل مذهب ودليله.

(١) راجع مختار الصحاح ص ٣٧٨، القاموس المحيط ج٢ ص ٣٥٦، المصباح المنير ج٢ ص ٣٥٩.

(٢) راجع تبيين الحقائق ج١ ص ٢ ، تكملة فتح القدير ج٩ ص ٥٠٥.

(٣) راجع الأم ج٢ ص ٢٢١، بداية المجتهد ج١ ص ٤٢٩، المجموع شرح المذهب ج٨ ص ٣٨٢، المغني لابن

قدامة ج٣ ص ٥٨١، الباب في شرح الكتاب ج٣ ص ٢٣٢ ط دار الحديث - لبنان، تبيين الحقائق ج٢

ص ٢ ، تكملة فتح القدير ج٩ ص ٥٠٩.

المذهب الأول: وعليه الحنفية- عدا زفر- وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت عند معالجة الذبح ونبحها أجزأته.

جاء في بدائع الصنائع: ولو قدم أضحية لينبحها فاضطربت في المكان الذي ينبحها فيه فانكسرت رجلها ، ثم نبحها أجزأه، وكذلك إذا انقلبت منه الشفرة فأصاب عينا فذهبت أھ^(١).

وجاء في الهداية : ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فنبحها أجزأه استحساناً أھ^(٢).

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح. فكان العيب حصل بالذبح- اعتباراً وحكماً- فلم يمنع الأجزاء ، كما أن الشاة تضطرب عند الذبح فتلحقها العيوب من اضطرابها وهذا مما لا يمكن الاحتراز عنه^(٣).

المذهب الثاني: وعليه زفر من الحنفية - والمستفاد من كلام الإمام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية لو تعيبت قبل الذبح لم تجزئه، غير أن الإمام الشافعي. فرق بين ما إذا لوجبها على نفسه وهي

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٧٦

(٢) راجع الهداية وشروحها جـ ٩ ص ٥١٦

(٣) راجع المرجع السابقين.

سلمية ثم تعيبت أجزائه ، وبين ما إذا لم يوجبها، وتعيبت ثم ذبحها لم تكن أضحية^(١).

جاء في الأم : وإذا اشترى الرجل الضحية فلم يوجبها حتي أصابها مالا تجوز معه - بحضرة الذبح قيل أن يذبحها، أو قبل ذلك. لم تكن أضحية، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك، وبلغت أيام الأضحية ضحى بها وأجزأت عنه^(٢) أهـ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالقياس.

ووجه القياس : أن العيب الذي لحق بالأضحية في حالة الذبح لحقها قبل تعيين القرية فيها ، فصار كما لو كان قبل حالة الذبح^(٣).

المذهب الثالث : وعليه المالكية - وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت قبل الذبح لا تجزئ مطلقا.

جاء في الشرح الكبير: لو تعيبت حالة الذبح عيبا يمنع الإجزاء، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها، أو أصابت السككين عينا ففقدتها قبل تمام فرى الحلقوم والودجين^(٤) أهـ.

(١) راجع المفاتيح مع العناية جـ ٩ ص ٥١٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٧٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٨٦

(٢) راجع الأم جـ ٢ ص ١٩٠

(٣) راجع المفاتيح مع العناية جـ ٩ ص ٥١٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٧٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٢٨٦ .

(٤) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدررسي جـ ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب بقوله ﷺ "أربع لا تجزئ في الأضاحي . العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين عرجها، والعجفاء التي لا تنفي"^(١).

وجه الدلالة: فقد أوضح الحديث أن الأضحية إذا كانت معيبة لا تجزئ.

المذهب الرابع: وعليه الحنابلة ونسب إلى الإمام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية إذا تعيبت بفعله لم تجزئه وأما إذا حدث فيها العيب دون فعله أجزأه^(٢).

جاء في المغني لابن قدامة : وإن تعيبت بفعله فعلية بدلها، وبه قال الشافعي^(٣) أم.

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب فقالوا : إنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها، فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح^(٤).

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول القائل. بأن الأضحية إذا تعيبت عند معالجة الذبح

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة والصعالي من طريق الثوري عن عازب بنسب اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ ٤ ص ٨٦ باب ما لا يجوز من الأضاحي وقال عنه حسن صحيح، وقال المحقق أي الضعيفة المزيلة- لا تنفى أي ذهب مع عظمها من شدة الخلل، سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ١٠٥ رقم ٣١٤٤، سيل السلام جـ ٤ ص ٩٤.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٤) راجع المرجع السابق.

ونذبحها أجزأته ، لأن ما يحدث عند الذبح من اضطراب الشاة مما يصعب الاحتراز عنه، كما أن النية قد توافرت عند شراء الأضحية قبل الذبح فقلنا بالإجزاء.

المسألة الثالثة عشرة

القبول ليس ركناً في المبة

هل تتعد الهبة بالإيجاب من الواهب فقط ؟ أم لا بد من الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الجمهور من الحنفية- وهو المستفاد من كلام الحنابلة. وأصحاب هذا المذهب يرون أن الهبة تتعد بالإيجاب من الواهب فقط، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً^(١).

جاء في بدائع الصنائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً^(٢) أهـ.
وجاء في حاشية ابن عابدين : أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب^(٣) أهـ.

وجاء في المعني لابن قدامة : وقرائن الأحوال ودلالاتها تغني عن لفظ القبول^(٤) أهـ.

(١) راجع تكملة فتح القدير ج ٩ ص ٢٠، الهبة والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمود علي ص ٧ ط دار المسدي،
الفقه الواضح للدكتور/ محمد بكر إسماعيل ج ٢ ص ٩٨ ط دار المنار للنشر والتوزيع .

(٢) راجع بدائع الصنائع ج ٦ ص ١١٥

(٣) راجع حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٥٠ ط الباب الحلي وبنو لاه مصر.

(٤) راجع المعني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠

المذهب الثاني : وعليه الشافعية والمالكية - وزفر من الحنفية - وأصحاب هذا المذهب يرون أن قبول الموهوب له الشيء الموهوب يعتبر ركنا في الهبة قياسا، ومن هنا لاتصح الهبة إلا بإيجاب وقبول غير أن الشافعية يستثنون بعض المسائل التي لا يحتاج فيها إلى قبول كالهبة الضمنية ، كأن يقول لغيره اعتق عبدك عنى ففعل فيدخل في ملكة هبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول^(١).

جاء في مغني المحتاج : وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظا^(٢) أهـ.
وجاء في حاشية للمسوقي : قبول الموهوب له الشيء الموهوب
ركنا في الهبة أي شرط في صحتها فتبطل الهبة بعدمه^(٣) أهـ.
وجاء في بدائع الصنائع : والقياس أن يكون ركنا . وهو قول زفر^(٤) أهـ.

الأدلة

١- **دليل المذهب الأول :** استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بعدم توقف الهبة على القبول بالاستحسان.
وجه الاستحسان السنة والمعقول هالك بيانه

(١) راجع مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدررقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠١، تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ٢٠

(٢) راجع مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٧

(٣) راجع حاشية الدررقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠١

(٤) راجع بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٥

أولاً : الاستحسان بالسنة بما يلي :

أ- ماروي أن الصعب بن جثامة^(١) أهدى إلى النبي ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء فردّه النبي ﷺ وقال " لولا أنا حرام وإلا لقبنا^(٢) " فقد أطلق الراوي اسم الإهداء على هذا التصرف بدون القبول ، والإهداء من ألفاظ الهبة.

ب- ما روي أن سيدنا أبا بكر ﷺ دعا سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها في مرض موته فقال لها " إني كنت نحلّك جداد عشرين ومسقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه ، ولا حرزتيه وإنما هو مال الورث^(٣) . أطلق الصديق ﷺ اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة ، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك ، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم للإيجاب مع القبول ، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر ، فما لم يوجد لا يتمم التصرف بسمه البيع .

ثانياً : وجه الاستحسان بالمعقول : إن الهبة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول ، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا

(١) هو يزيد بن قيس بن ربيعة بن عبد الله بن بكر الشذاع من عوف بن كعب بن يثرب بن أن بكر بن عبد مناف بن كنانة الكنان البني ، وكان الصعب يزل وفان والأبواء في أرض الحجاز توي في خلافة أبي بكر رضي الله عنه (راجع أسد الغابة جـ ٣ ص ٢٠ ط الشعب)

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من نفس الطريق بنص اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح

البخاري جـ ٥ ص ٢٠٣ - كتاب الهبة - باب قبول الهدية حديث رقم ٣٥٧٣)

(٣) راجع هذا الأثر في نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٣٩٢ ط مصطفى البابي الحلبي - مصر .

لوجودها في نفسها. فإذا نطق الواهب بلفظ الهبة فقد أتى بالهبة كما أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، هذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع لوجود العوض من الجانبين^(١).

٢- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب القائل يتوقف الهبة على القبول بالقياس.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي- والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره، وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا^(٢).

وتظهر ثمرة الخلاف السابق فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل، فإنه يحث عند أصحاب المذهب الأول استحسانا، وعند أصحاب المذهب الثاني لا يحث ما لم يقبل قياسا^(٣).

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن المرجح هو للقول للقائل بأن القبول شرط في صحة الهبة تحقيقا للرضا، ومنعاً من وقوع للضرر على الموهوب له، فقد يكون في قبول الهبة مهانة

(١) راجع دليل المذهب الحنفية في بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٥، تكملة فتح القدير مع المجلدات ج٩ ص ٢٠، ألفه الفاضل للدكتور محمد بكر إسماعيل ج٢ ص ٥٩٨، لبية والروية للدكتور / محمود علي ص ٧ وما بعدها.

(٢) راجع دليل للمذهب الثاني في معنى المحتاج ج٢ ص ٣٩٧، حاشية القدوسي على الشرح الكبير ج٤ ص ١٠١، بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٥.

(٣) راجع تكملة فتح القدير ج٩ ص ٢٠، بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٥.

تلحقه من قبل الواهب، أو من غيره، وقد يترتب عليها من الأمور ما يسئ إلى سمعته من أي وجه من الوجوه فلا بد من اشتراط القبول في صحة الهبة على ما قرره أصحاب المذهب الثاني وهم الشافعية والمالكية وبعض الحنفية.

المسألة الرابعة عشرة

في

هبة الدين لغير المدين

اتفق الفقهاء على جواز هبة الدين للمدين، واختلفوا في هبة الدين لغير المدين على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الحنابلة وبعض الحنفية وهو الصحيح من مذهب الشافعية والإمامية، ونسب للثوري والأوزاعي، وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تصح وتقع باطللة قياساً. سواء أذن الدائن للموهد بقبض الدين ممن عليه أم لم يأذن^(١).

جاء في المغني لابن قدامة: وإن وهب الدين لغير من هو في نعمته أو باعه إياه لم يصح^(٢) أ. هـ.

وجاء في المبسوط، وفي للقياس: لا يجوز وهو قول زفر لأن الدين ليس بمال^(٣). أ. هـ.

وجاء في مغني المحتاج: وهبة الدين للمدين إبراء ولغيره باطللة في الأصح^(٤). أ. هـ.

(١) راجع للمغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨، المبسوط ج ١٢ ص ٧٠، مغني المحتاج ج ٢ ص ١٤، تكملة المحصر ج ١ ص ١٢، جواهر الكلام ج ٢٨ ص ١٦٣ ط دار إحياء التراث العربي-بيروت لبنان.

(٢) راجع للمغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨.

(٣) راجع للمبسوط ج ١٢ ص ٧٠.

(٤) راجع مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٠٠.

وجاء في جواهر الكلام : ولو وهب ما في الذمة، فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأئمة^(١). أهـ.

المذهب الثاني : وعليه بعض الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين صحيحه لكن المالكية اشترطوا لصحة الهبة ثلاثة شروط فليرجع إليها من شاء في المراجع التي أنكرها في هذا المذهب^(٢).

جاء في المبسوط : لو وهب رجل لرجل ديناراً له على رجل وأمره بقبضه جاز ذلك إستحساناً^(٣). أهـ.

وجاء في شرح الخرشي على المختصر: وكذلك تجوز هبة الدين الشرعي لمن عليه ولغيره^(٤). أهـ.

وجاء في نهاية المحتاج : أما إذا كان الدين على ملئ بائذله فالهبة صحيحة قياساً على صحة بيعه إذا بيع بالعين أو تقابضاً في المجلس^(٥). أهـ.

(١) راجع جواهر الكلام جـ ٢ ص ١٦٣

(٢) راجع المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٠٣ ط دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

لهذه المحتاج جـ ٦ ص ٤١٣ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠

(٣) راجع المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠

(٤) راجع شرح الخرشي جـ ٧ ص ٧٠

(٥) راجع نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٣

الأدلة

١- دليل المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول القائل ببطلاق

هبة الدين لغير من عليه الدين بما يلي :

أ- القياس: حيث قاسوا هبة الدين لغير من عليه الدين على بيعه بجامع

أن كلا منهما عقد مشروع لتمليك للمال. فكما لا يجوز بيع الدين مع
غير من عليه الدين لا تجوز هبته.

أجيب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق وبيان: أن البيع يوجب الملك
بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد. بخلاف الهبة فالمعتبر فيها
وقت القبض ، فإن الملك عنده يثبت.

ب- إن الدين ليس بمال بدليل أن من حلف لا مال له وله دين على
إنسان لا يحنث ، والهبة عقد مشروع لتمليك المال. فإذا أضيف العقد
إلى ما ليس بمال لا يصح .

أجيب عن ذلك: بأن الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد، فإنه لو باعه
ممن عليه الدين بعوض جاز، ولو وهبه منه جاز ، فعرفنا أنه قابل
للتمليك حكماً^(١).

٢- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم

القائل بصحة هبة الدين لغير من عليه بالاستحسان والمعقول.

(١) راجع الموطأ ج ١ ص ٧٠، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨، مفتي الخليل ج ٢ ص ٤٠٠، غامضة المحتاج

ج ١ ص ٤١٣، جواهر الكلام ج ٢٨ ص ١٦٣

أ- وجه الاستحسان : أن الواهب أناب الموهوب له مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب- ولو قبض بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز . فكذا إذا أمره بالقبض له.

ب- من المعقول : أن ما في النمة مقدور التسليم، ويجعل قبضه كقبض العين فإذا قبض العين ناب هذا القبض عن قبض عين ما في النمة، كما أن هبة العين صحيحة والذمم تجري مجرى الأعيان . بدليل صحة البيع والشراء فيها^(١).

هذا وبعد عرض أقوال العلماء- وأدلة للفريقين ، وما ورد عليها من مناقشات يتبين لنا رجحان القول بصحة هبة الدين لغير المدين.

(١) راجع المراجع السابقة .

"خاتمة نسال الله حسنها"

وفي نهاية الطواف بهذا الموضوع - الاستحسان عند الأصوليين -
داسة وتطبيق يتبين لنا ما يأتي :

١- إن الاستحسان ليس قاصرا على القياس الخفي الواقع في مقابلة
القياس الجلي، كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس
قاصرا على الاستحسان الثابت بالنص أو الإجماع، أو الضرورة ، أو
القياس الخفي ، بل يكون ثابتا بغيرها من الأدلة.

٢- إن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به
القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام ، أو
القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به
خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه مسلك بعض الأصوليين.

٣- إن الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - قد عمل بالاستحسان في
واقع الأمر ويظهر ذلك جليا في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجع
الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس، فقد
وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيرا من مسائل الاستحسان .

٤- إن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي، وشدد النكير على من
عمل به ، وساق الأدلة على إبطاله. إنما هو الاستحسان المبني على
الرأي المحض من غير دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به أحد
ممن عملوا بالاستحسان .

٥- إن الظاهرية لا يعملون بالاستحسان ونفوه كنفهيم للقياس لأنهم وقفوا عند النصوص فقط، ولم يتوسعوا في الأدلة ، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، فقد أدهم ذلك إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة ، فقد قرروا أن بول الأدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير ظاهر لعدم النص عليه، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص لما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

٦- إن الاستحسان عند المالكية هو استثناء صورة من عموم أمثالها لدليل يقتضى ذلك ، وهذا الدليل قد يكون عرفا، أو مصلحة ، أو دفعا لمشقة ، أو إثارا للتوسعة على الناس.

٧- إن العمل بالاستحسان يبعد المجتهد عن الشطط في الاجتهاد والتقييد بحرفية التطبيق لحكم للقياس، أو القواعد العامة، وهذا الشطط الذي من شأنه أن يوصل إلى الغلو والخروج عن مقاصد الشارع وروح التشريع.

٨- الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع، ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى التسمية فقط لأنهمذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها مردود اتفاقا، وبعضها متردد بين القبول والرد.

٩- إن الاستحسان مبدأ اجتهادي يكشف لنا عن مظهر من مظاهر مرونة الشريعة ، وأنها موكبة لكل عصر وزمان.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لي كتابته في هذا البحث، وقد بذلت في إعدادة أقصى الجهد ، وغاية الطاقة، فإن آك وفقت ولو بعض الشيء فهذا

فضل الله يوتييه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكن الأخرى فعنري أني بشر، والعصمة لله وحده. وهنا أقول: كما قال إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضى الله عنه " كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية ﷺ ^(١) .

أو كما قال العماد الأصفهاني " إنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده. لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر "

والحمد لله حيث بالخير تم . اللهم اجعل عملنا هذا خالصا لوجهك الكريم، ووفقنا لخدمة دينك القويم، وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة إنك على ما تشاء قدير.

د/ سلام أحمد عبد الرحيم إمام

(١) راجع إرشاد السالك جـ ١ ص ٢٢٧، جامع بيان العلم وفضله جـ ٢ ص ٩١

الفهرس العام للبحث ويشتمل على:

١- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الآثار .

٤- فهرس الأعلام.

٥- أهم المراجع.

٦- فهرس الموضوعات.

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

سورة البقرة

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	وَأَن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْمُونَ...	١٦٩	٦٣٢
٢-	يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ.....	١٨٥	٥٧٣
٣-	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ.....	٢١٩	٦٣٦
٤-	وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهَا دَرَجَةٌ.....	٢٢٨	٧٤٧
٥-	وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ.	٢٣٣	٥٧٢
٦-	مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ.	٢٣٦	٥٧١

سورة النساء

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	مَن بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ ...	١١	٦٥٤
٢-	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ...	٥٩	٦٠٤
٣-	مَن يَطْعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ	٨٠	٦٢٣
٤-	وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ..	٩٢	٦٥٦
٥-	وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ...	١٤١	٦٧٤

سورة المائدة

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٥٦٦	١	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.....	١-
٦٢٤	٦	فاغسلوا وجوهكم وأيديكم	٢-
		إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله	٣-
٧٢٨	٣٣	ويسعون	
٦٦١	٣٤	إلا الذين تابوا من قبل أن تقتلوا وعليهم ...	٤-
٦٦٢	٣٨	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما...	٥-
٦٦٢	٤٩	وإن أحكم بينهم بما أنزل الله	٦-
٦٣٦	٩٠	إنما الخمر والميسر والأنصاب	٧-

سورة الأنعام

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٣٢	٣٨	ما فرطنا في الكتاب من شيء.....	١-
		ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب	٢-
٦٣٢	٥٩	مبين.....	
٦٢٢	١٠٦	اتبع ما أوحى إليك من ربك.....	٣-

سورة الأعراف

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٥٥٦	١٤٥	وكتبنا له في الألواح من كل شيء....	١-

تابع فهرس الآيات

سورة التوبة

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله.....	٧٦، ٧٥	٥٦٧
٢-	خذ من أموالهم صدقة تطهرهم...	١٠٣	٥٦٦

سورة يوسف

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	نحن نقص عليك أحسن القصص...	٣	٥٥٧
٢-	إن النفس لأمارة بالسوء.....	٥٣	٦١٢

سورة إبراهيم

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	الذين يستحبون الحياة الدنيا.....	٣	٦١٠

سورة النحل

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء..	٨٩	٦٣٢
٢-	ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا.....	١٠٧	٦١٠

تابع فهرس الآيات

سورة الإسراء

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ولا تقف ما ليس لك به علم.....	٣٦	٦٣٢

سورة الكهف

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ولا تقولون لمنى أبى فاعل ذلك	٢٤	٦٢٢

سورة الحج

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ثم ليقتضوا تقشهم وليوفوا نذورهم....	٢٩	٥٦٦
٢-	وما جعل عليكم فى الدين من حرج.	٧٨	٦٣٤

سورة النور

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	فى بيوت أنذن الله أن ترفع	٣٦	٦٧٧

تابع فهرس الآيات

سورة القصص

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦١٢	٥٠	ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى.	١-

سورة الروم

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦١٢	٢٩	بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم.....	١-

سورة الأحزاب

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٢٧	٢١	لقد كان لكم فى رسول الله أسوة...	١-

سورة فاطر

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٧٧	١٢	وما يستوى البحران هذا عذب فرات.	١-
٦٥٥	١٨	ولا تزر وزر أخرى.....	٢-

تابم فهرس الآيات

سورة الزمر

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	الذين يسمعون القول فيتبعون أحسنه.	١٨	٥٥٦
٢-	الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها.	٢٣	٥٥٧

سورة غافر

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	وأفوض أمري إلى الله	٤٤	٧١٢

سورة فصلت

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله..	٣٣	٥٥٦

سورة الحديد

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم.	١٦	٥٥٧

سورة المجادلة

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها	١	٦٢٢

تابع فهرس الآيات

سورة العنكبوت

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم.	٧	٦٢٣

سورة القيامة

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ليحسب الإنسان أن يترك سدى....	٣٦	٦٢١

سورة الإنسان

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	يوفون بالنذر	٧	٥٦٦

سورة النازعات

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى...	٤١، ٤٠	٦٣١

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	الحديث	متمم
٥٥٨	أفريكم منى مجلساً يوم القيامة لأصنم خلقاً	١-
٦٤٦	أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله	٢-
٦٥٤	إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم	٣-
٦٥٨	أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه	٤-
٦٦٢	إذا ابتعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام	٥-
٦٨١	إنها لا تحل لمحمد ولا لأل محمد	٦-
٦٨٧	إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً	٧-
٧٤٢	إنما الأعمال بالنيات	٨-
٧٤٧	أخروهن من حيث أخرهن الله	٩-
٧٥٦	أربع لا تجزئ في الأضاحي	١٠-
٧١٦	فاوضوا فإنه أعظم للبركة	١١-
٧٤٨	كان رسول الله ﷺ يصلي وعائشة نائمة بين يديه	١٢-

تابع فهرس الأحاديث

مستمل	الحديث	رقم الصفحة
١٣-	لا تتبع ما ليس عندك -----	٦٥٧
١٤-	لولا أنا حرام وإلا لقبلنا -----	٧٦٠
١٥-	ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن -----	٥٥٨
١٦-	من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه -----	٦٦٠
١٧-	من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم -----	٦٥٧
١٨-	من استأجر أجيراً فليعلمه أجره -----	٦٥٩

ثالثاً: فهرس الآثار

رقم الصفحة	الآثار	مبطل
٥٥٩	قول الإمام مالك الاستحسان تسعة عشر للعلم-----	١-
	قول لصبيغ بن فرج المالكي الاستحسان في العلم قد يكون أغلب	٢-
٥٥٩	من للقياس، وأن المفرق في القياس يكاد يفارق للسنة-----	
٥٦٠	قول أبي حنيفة: إذا قال استحسان لم يلحق به أحد-----	٣-
٥٦٠	قول الإمام أحمد بن حنبل: المستحسن أن يتم لكل صلاة-----	٤-
٦٤٨	قول الإمام الشافعي: من استحسان فقد شرع-----	٥-
٦٣٣	قول عمر: يياكم ولصحاب الرأي أعداد السنن-----	٦-
٦٦٣	قول علي: إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له بدا-----	٧-
٦٦٤	قول أبو بكر: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته -	٨-
٧٦٠	قول أبو بكر لعائشة: إني كنت نحلكت جذلاً عشرين ومقاً-----	٩-
	قول الإمام مالك: كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب	١٠-
٧٦٩	هذه للسارية 著-----	

رابعاً: فهرس الأعلام

رقم الصفحة	الأعلام	مستعمل
٥٥٤	أحمد بن محمد بن علي المقرئ القيومي-----	١-
٥٥٩	أبو عبد الله أصبع بن سعيد بن نافع المصري-----	٢-
٥٦٠	أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوثني-----	٣-
٥٧٦	أبو عمرو عثمان بن أبي بكر الزويني (ابن الحاجب) ---	٤-
	أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الأتلمسي المعروف بابن	٥-
٥٧٩	العربي-----	
	إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير	٦-
٥٨٠	بالشاطبي-----	
٥٨٠	أبو عمر بن عبد العزيز بن داود القيس العامري بالمعروف	٧-
	باشهب-----	
٥٨١	أبو عبد الله بن أحمد بن عبد الله بن خويز مندلا المالكي--	٨-
٦٠٣	أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأتلمسي-----	٩-
٦٠٨	إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي-----	١٠-

تأيم فهرس الأعلام

رقم الصفحة	العالم	مسلسل
٦٢٢	أوس بن الصامت بن قيس بن أحرم الأنصاري	-١١
٦٣٠	أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي	-١٢
٦٤٣	أبو محمد المخزومي سعيد بن المسيب	-١٣
٦٤٣	أبو القاسم عبد الكريم محمد بن عبد الكريم القزويني الرافعي	-١٤
٦٥٩	أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الباهرتي	-١٥
٥٦٠	النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي (أبو حنيفة)	-١٦
٥٩٤	بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر الزركشي	-١٧
	جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن أحمد بن منظور	-١٨
٥٥٤	الأفريقي	
٦٢٧	حارثة بن عبد العزى بن أمري القيس (أسلمه بن زيد)	-١٩
٦٥٦	حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى	-٢٠
٦٦٢	حبان بن واسع بن منقذ بن عمرو الأنصاري	-٢١
٦٢٠	سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني	-٢٢
٥٦٤	علي بن محمد بن سالم الثعلبي (سيف الدين الأمدى)	-٢٣
٥٦٥	عبيد الله بن الحسين الكرخي	-٢٤

تاجم فهرس الإعلام

الصفحة	العنوان	مستعمل
٥٧٤	على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم فخر الإسلام البرزدوى	٢٥-
٥٧٦	عبد الله بن مسعود بن محمود - صدر الشريعة -	٢٦-
٥٩٤	عبد الكريم محمد بن منصور بن سعد السمعاني	٢٧-
٥٩٥	عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الملقب بعرض الدين	٢٨-
٥٩٥	عبد الرحيم بن الحسن بن علي إبراهيم جمال الدين الإسفوي-	٢٩-
٥٩٩	علي بن محمد بن علي الطبري المعروف بالكنيا الهراسي	٣٠-
٦١٠	عبد العزيز أحمد بن محمد علاء الدين البخاري	٣١-
٦١١	عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهنلي	٣٢-
٦٣٣	عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح القرشي	٣٣-
٦٤٥	عبد الرحمن بن أبي بكر محمد بن عمر بن نصر الجلال الأسبوطي	٣٤-
٦٦٣	علي بن أبي طالب بن عبد المطلب	٣٥-

تأليف فخرس العلماء

الصفحة	العلم	ممثل
٦٦٤	عبد الله بن أبي قحافة أبو بكر الصديق	٣٦-
٦٨٥	عبد الله بن محمود النعفى أبو البركات	٣٧-
٧٤٨	عائشة بنت أبي بكر الصديق	٣٨-
٦٤٤	عبد الوليد بن إسماعيل أبو المحاسن فخر الإسلام الروياني	٣٩-
	كمال الدين محمد بن عبد الوليد مسعود السيواسي المعروف	٤٠-
٥٦٨	باين الهمام	
	محمد بن إدريس بن العباس القرشي أبو عبد الله الإمام	٤١-
٥٥٩	الشافعي	
	مالك بن أهب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب (سعد بن	٤٢-
٥٥٧	أبي وقاص	
٥٦٣	محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي	٤٣-
٥٦٩	محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة المرخسي	٤٤-
٥٧٩	محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي	٤٥-
٥٨٥	محمد بن أحمد أبو زهرة	٤٦-
٥٨٦	محمد بن برهان الدين أبو إسحاق المعروف بابن مفلح	٤٧-
٥٨٦	محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين ابن قدامة المقدسي	٤٨-

تأليف فهرس الأعلام

الصفحة	العلم	مصالح
٥٩٠	محمد بن علي الطيب البصري المعروف بأبو الحسين البصري	٤٩-
٥٩٢	محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي	٥٠-
٥٩٣	محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني	٥١-
٥٩٥	محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد الجلال المحلي	٥٢-
٥٩٦	محمد بن علي بن إسماعيل الشاشي القفال	٥٣-
٧١٥	معاذ بن جبل بن عمرو بن لؤس الأنصاري	٥٤-
٦٣٨	محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد المعروف بابن قيم الجوزية	٥٥-
٦٥٠	محب الدين بن عبد الشكور البهاري الهندي	٥٦-
٦٥٣	محمد زكريا البرديسي	٥٧-
٦٧٨	محمد بن الحسن بن فرقد الميمني	٥٨-
٥٦٥	ناصر الدين أبو الخير قاضي القضاة البيضاوي	٥٩-
٦٦٤	يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري (أبو يوسف)	٦٠-
٧٦٠	يزيد بن قيس بن ربيعة عبد الله بن يعمر الصعب بن جثامة	٦١-

أهم المراجع

- أ - القرآن الكريم وعلومه:
- ١- الجامع لأحكام القرآن الكريم: للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ ط دار الغد العربى بالقاهرة - نشر دار للكتاب العربى بالقاهرة.
- ب- كتب الحديث وعلومه:
- ١- سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى: مطبعة دار الحديث بالقاهرة.
- ٢- سنن الدارقطنى: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هـ تحقيق عبد الله السيد هاشم يماني المنسى، مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.
- ٣- سنن الترمذى: لأبى عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧ هـ تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي؛ مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ٤- سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجة المتوفى سنة ٢٩٥ هـ تحقيق الأستاذ/ محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة دار إحياء التراث العربى.
- ٥- سنن أبى داود الإمام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق محمد محى الدين للناسر دار إحياء السنة النبوية.

- ٦- سبل السلام: تأليف الإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير. مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٧- المنن الكبرى: للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى ٤٥٨ هـ مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.
- ٨- صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مطبعة نهضة مصر.
- ٩- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين النووي - مطبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١٠- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز مطبعة دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ١١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني المتوفى سنة ١١٦٢ هـ تحقيق أحمد القلاش. الناشر مكتبة التراث الإسلامي.
- ١٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل مطبعة دار صادر - بيروت - لبنان.
- ١٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ. بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر: مطبعة القدس بالقاهرة.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة: مطبعة إحياء التراث العربي عيسى البابي الحلبي - بمصر.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار تأليف الإمام محمد بن علي الشوكاني - مطبعة البابي الحلبي بمصر.

١٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٧٢ هـ مطبعة دار المأمون بشبرا - مصر الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ.

ج- كتب اللغة:

- ١- تاج العروس للزبيدي: ط منشورات مكتبة الحياة بيروت - لبنان.
- ٢- القاموس المحيط: تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، مطبعة البابي الحلبي ولولاه بمصر. الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ.
- ٣- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ط دار المعارف.
- ٤- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي. تحقيق محمد خاطر. الناشر دار الحديث.
- ٥- المصباح المنير: في غريب الشرح الكبير للرافعي تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.

د- كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول: إلى تحقيق الحق من علم الأصول تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ مطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر.

٢- أصول السرخسي: للإمام أبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ تحقيق أبي الوفا الأفغاني: مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

٣- أصول للفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العنين بدران ط مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.

٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الحميد أبو المكارم: الناشر دار المسلم ببورسعيد.

٥- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول تأليف شيخ الإسلام على بن عبد الكافي وولده تاج الدين السبكي تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٦- الإحكام في أصول الأحكام: للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري. مطبعة العاصمة - حسين حجازي.

٧- الإحكام في أصول الأحكام للأمدى سيف الدين أبي الحسن علي الأمدى للناشر دار الحديث.

٨- الآيات البينات لأحمد بن قاسم العبادي الشافعي ط دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.

- ٩- بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين تأليف الدكتور/ محمد المسعيد على عبد ربه - مطبعة السعادة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
- ١٠- تيسير التحرير: للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بانمناه الحسيني الحنفي الخرساني المتوفى سنة ٨٦١ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.
- ١١- تقرير العلامة للمحقق والفهامة المنقق الشيخ عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- ١٢- التلويح على التوضيح لشرح متن التفتيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧ هـ مطبعة محمد على صبيح وأولاده - بمصر.
- ١٣- حاشية العلامة البناني على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع لابن السبكي - ط مصطفى البابي الحلبي - بمصر.
- ١٤- روضة الناظر وجنة المناظر: على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - الناشر الكليات الأزهرية.
- ١٥- شرح البدخشى المسمى بمناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشى وهو شرح لمناهج الوصول في علم الأصول للبيضاوى مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.
- ١٦- شرح القاضي عضد الملة والدين المتوفى ٧٥٦ هـ لمختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر الكليات الأزهرية.

- ١٧- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام للبركات النسفي. مطبعة المعاديات ١٣١٥ هـ.
- ١٨- شرح نور الأنوار على المنار لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن سعيد الحنفي ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٩- فوائح الرحموت للعلامة عبد العلى بن نظام الدين الأنصارى بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الدين ابن عبد الشكور: ط دار الفكر للطباعة والنشر.
- ٢٠- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام اليزدوى ، تأليف الإمام أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ الناشر. دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.
- ٢١- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالنسفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ مطبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- ٢٢- مختصر المنتهى الأصولى: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكى المتوفى سنة ٦٤٦ هـ. الناشر الكليات الأزهرية.
- ٢٣- المستصفا من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.
- ٢٤- المنحول لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو. ط دار الفكر العربى بدمشق.

٢٥- المسودة: في اصول الفقه لابن تيمية. مطبعة دار الكتاب العربي - بيروت لبنان.

٢٦- الموافقات: للشاطبي ط دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٢٧- نظرية الإباحة: للدكتور/ محمد سلام مذكور ط دار النهضة العربية.

٢٨- نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ط دار الخير بدمشق.

٢٩- نزهة خاطر العاطر للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الرومي الدمشقي. الناشر الكليات الأزهرية.

٣٠- نهاية السؤل. للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي: مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

٣١- نفائس الأصول في شرح المحصول للعلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

هـ- كتب الفقه:

١- الأم: تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٢- الأشباه والنظائر للسيوطي: في قواعد وفروع فقه الشافعية ط عيسى البابي الحلبي - بمصر.

- ٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط دار للكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد. ط البابي الحلبي وأولاده - بمصر.
- ٥- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي الحنفي. مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.
- ٦- حاشية الدسوقي للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدرديري. مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي. بمصر.
- ٧- تكملة فتح القدير: للكمال بن الهمام الحنفي. مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.
- ٨- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ط أنصار السنة المحمدية.
- ٩- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء مطبعة دار الحديث - بيروت لبنان.
- ١٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- ١١- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي مطبعة دار الفكر.
- ١٢- حاشية ابن عابدين. مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر.

- ١٣- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـ. على الهداية شرح بداية المبتدى. مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٤- الفواكه الدواني: شرح أحمد بن غنيم النفراوى الأزهرى - مطبعة البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٥- قوانين الأحكام الشرعية لأبن جزء المالكي. مطبعة عالم الفكر بمصر.
- ١٦- اللباب فى شرح للكتاب - تأليف عبد الغنى دمشقى الحنفى تحقيق محمود أمين. مطبعة دار الحديث - بيروت - لبنان.
- ١٧- المجموع شرح المذهب: للإمام زكريا محيى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ مطبعة دار الفكر.
- ١٨- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح محمد الشربيني على متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى ط مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٩- المبسوط: لشمس الأئمة المرخسى ط دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٢٠- المحلى: تصنيف الإمام ابن حزم المتوفى ٤٥٦ هـ - ط دار الآفاق الجديدة- بيروت - لبنان.
- ٢١- المغنى: لأبن قدامة المقدسى الحنبلى مطبعة دار الكتاب العربى.
- ٢٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الفكر.

٢٣- الهداية شرح بداية المبتدى : تأليف شيخ الإسلام أبي الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ط البايي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٤- المختصر النافع في فقه الإمامية ط وزارة الأوقاف.

و- كتب التاريخ والرجال:

١- أسد الغابة في معرفة الصحابة: لعز الدين بن الأثير أبي الحسن علي ابن محمد الجزري المتوفى سنة ٩٣٠ هـ تحقيق محمد إبراهيم البساط ط الشعب.

٢- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب للمستعربين والمتشرقين. تأليف خير الدين الزركلي: ط دار العلم للملايين بيروت - لبنان.

٣- الإصابة في تمييز الصحابة: لابن حجر العسقلاني: تحقيق طه الزيني الناشر للكلبيات الأزهرية.

٤- البداية والنهاية: للحافظ ابن كثير الدمشقي: المتوفى سنة ٧٧٤ هـ — للناشر مكتبة المعارف بيروت - لبنان.

٥- تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني: ط دار المعارف النظامية حيدر آباد الدكن - الهند.

٦- حسن المحاضر لجلال الدين السيوطي الشافعي ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ.

- ٧- سير أعلام النبلاء: تأليف الإمام شمس الدين الذهبي تحقيق محمد نعيم ط مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان.
- ٨- شذرات الذهب: في أخبار من ذهب للمؤرخ عبد الحق الحنبلي ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٩- الضوء اللامع: لأهل القرن التاسع تأليف المؤرخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي - منشورات مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.
- ١٠- الطبقات الكبرى لابن سعد: دار صادر بيروت - لبنان.
- ١١- العبر في خبر من غبر: للحافظ الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ، تحقيق أبا هاجر محمد السعيد: ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٢- الكامل في التاريخ: تأليف الشيخ عز الدين أبي الحسن المعروف بابن الأثير - ط دار صادر بيروت - لبنان.
- ١٣- معجم البلدان: للإمام شهاب الدين أبي عبد الله الحموي للبغدادى ط دار صادر - بيروت - لبنان.
- ١٤- معجم المؤلفين: تأليف عمر رضا كحالة الناشر مكتبة المثنى بيروت- لبنان.
- ١٥- مفتاح السعادة: تأليف أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده - ط الكتب الحديثة بالقاهرة.
- ١٦- هدية العارفين في أسماء المؤلفين: لإسماعيل البغدادى ط دار العلوم للحديثة - بيروت - لبنان.

- ١٧- وفیات الأعيان: لأبى العباس شمس الدين أحمد بن بكر تحقيق
الدكتور/ إحسان عباس ط دار صادر - بيروت - لبنان.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	مستل
٥٤٨	المقدمة	-١
٥٥٢	خطة البحث	-٢
٥٥٤	المبحث الأول: في تعريف الاستقصان	-٣
٥٥٤	أولاً: تعريف الاستقصان في اللغة	-٤
٥٦١	ثانياً: تعريف الاستقصان في الاصطلاح	-٥
٥٦١	تعريف الاستقصان عند متقضى الحنفية	-٦
٥٦٨	تعريف الاستقصان عند متأخرى الحنفية	-٧
٥٧٧	تعريف الاستقصان عند المالكية	-٨
٥٨٥	تعريف الاستقصان عند الحنابلة	-٩
٥٩٠	تعريف الاستقصان عند أبى الحسين البصرى	-١٠
٥٩٨	التعريف الراجع في نظرنا	-١١
٦٠٠	المبحث الثانى: في حجية الاستقصان	-١٢
٦٠١	المذهب الأول في حجية الاستقصان	-١٣
٦٠١	المذهب الثانى	-١٤
٦٠٢	المذهب الثالث	-١٥
٦٠٢	أدلة المذهب الأول على حجية الاستقصان	-١٦
٦٠٢	أدلتهم من الكتاب	-١٧

تأليف فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	مسلم
٦٠٩	دليلهم من السنة	-١٨
٦١٦	دليلهم من الإجماع	-١٩
٦١٩	لذلتهم من المعقول.	-٢٠
٦٢٠	أدلة المنكرين لحجية الاستحسان.	-٢١
٦٢١	أدلة الشافعية.	-٢٢
٦٣٠	أدلة ابن حزم	-٢٣
٦٣٨	دليل المذهب الثالث.	-٢٤
٦٤٢	للمبحث الثالث: في تحقيق مذهب الإمام للشافعية في الاستحسان	-٢٥
٦٥٢	للمبحث الرابع: في أنواع الاستحسان	-٢٦
٦٥٣	لنوع الأول: في الاستحسان بالنص أو الأثر	-٢٧
٦٦٦	لنوع الثاني: في الاستحسان بالإجماع	-٢٨
٦٧٠	لنوع الثالث: في الاستحسان بالضرورة والحاجة	-٢٩
٦٧٦	لنوع الرابع: استحسان بالمعرف والعادة	-٣٠
٦٨٠	لنوع الخامس: الاستحسان بالمصلحة	-٣١
٦٨٤	لنوع السادس: الاستحسان بالقياس الخفي	-٣٢
٦٩٢	للمبحث الخامس: في الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتهر به	-٣٣

تابع فهرس الموضوعات

م	الموضوع	الصفحة
٣٤-	الفرق بين الاستحسان والقياس	٦٩٤
٣٥-	الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسله	٦٩٧
٣٦-	الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة	٦٩٨
٣٧-	الفرق بين الاستحسان والرخصة	٧٠٠
٣٨-	المبحث السادس: في أثر خلاف الطماء في الاحتجاج بالاستحسان	٧٠٤
٣٩-	المسألة الأولى: في شرط الخيار لغير العاقلين	٧٠٥
٤٠-	المسألة الثانية: قبض الهبة بغير إذن الواهب	٧٠٨
٤١-	المسألة الثالثة: في شركة المفاوضة	٧١٢
٤٢-	المسألة الرابعة: في إقرار الوكيل بالخصومة	٧١٩
٤٣-	المسألة الخامسة: في ردة الزوجين معا	٧٢٣
٤٤-	المسألة السادسة: في حكم قاطع الطريق في مصر	٧٢٦
٤٥-	المسألة السابعة: الاشتراك في السرقة	٧٣٢
٤٦-	المسألة الثامنة: اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل	٧٣٦
٤٧-	المسألة التاسعة: تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة	٧٤٢
٤٨-	المسألة العاشرة: محاذاة الرجل المرأة في الصلاة	٧٤٥
٤٩-	المسألة الحادية عشرة: في طهارة خبز الحمام والعصفور	٧٤٩
٥٠-	المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية	٧٥٣

م	الموضوع	الصفحة
٥١-	المسألة الثالثة عشرة: القبول ليس ركنا في الهبة	٧٥٨
٥٢-	المسألة الرابعة عشرة: في هبة الدين لغير المدين.	٧٦٣
٥٣-	خاتمة نسأل الله حسننها مع أهم النتائج	٧٦٧
٥٤-	الفهارس	٧٧٠
٥٥-	فهرس الآيات القرآنية الكريمة.	٧٧١
٥٦-	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة	٧٧٨
٥٧-	فهرس الآثار	٧٨٠
٥٨-	فهرس الأعلام	٧٨١
٥٩-	فهرس للمراجع	٧٨٦
٦٠-	فهرس للموضوعات	٧٩٨

رقم الإيداع

٢٠٠٠ / ٥٠٠٩

لترقيم الدولي I.S.B.N

977 - 5532 - 95 - 7

القول المبين في التطيل عند الأصوليين

إعداد

لأستاذ الدكتور

محمد عبد العاطي محمد علي

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بالقاهرة

خطة البحث العامة

تقع خطة دراسة هذا الموضوع في المباحث التالية

المبحث الأول: تعريف التعليل لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: منهج القرآن الكريم في التعليل.

المبحث الثالث: منهج السنة النبوية في التعليل.

المبحث الرابع: منهج الصحابة (رضى الله عنهم) في التعليل.

المبحث الخامس: منهج التابعين وتابعيهم في التعليل

المبحث السادس: التعليل في عصر تأليف الأصول.

المبحث السابع: ابن حزم والتعليل.

المبحث الثامن: تصحيح ما نسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل .

وعلى الله وعلى سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المبحث الأول تعريف التعليل لغة واسطلاحاً

التعليل في اللغة :

مصدر عل ، يقال : عله يعله ويعله إذا سقاه السقية الثانية وتعلل بالأمر، واعتل : تشاغل ، وهذا علة لهذا أى سبب له^(١).

والتعليل في اصطلاح علماء المنطق :

تبيين علة الشيء. ويطلق عندهم أيضاً على ما يستدل فيه بالعلة على المعلول. ويسمى برهاناً لمياً.^(٢)

والمراء بالتعليل عند الأصوليين :

بيان اللعل وكيفية استخراجها وهذا قد يكون لأجل القياس، وهو رد فرع إلى أصل لمساواته في علة حكمه.
وقد يكون لغير ذلك ، بأن يبحث المجتهد في الحادثة المستجدة على معنى يصلح مناطاً لحكم شرعى يحكم به بناء على ذلك المعنى. وهو المسمى عندهم بالاستصلاح أو المصالح المرسله.
أو بأن يبحث عن علة الحكم المنصوص لا لتعديته ، وهو ماسمونه بالتعليل بالعلة القاصرة ، أو بيان الحكمة^(٣).

(١) انظر : لسان العرب جـ ١١ ص ٤٦٧ طبعه بيروت .

(٢) انظر شرح الخيصر على التهذيب للسعد التفتازان ص ٢٥٥ طبعه مصطفى محمد ، وحاشية العنان على شرح

للإمام على السلم ص ١٣٩ .

(٣) انظر : تعليل الأحكام ص ١٢ .

وتعليل الأحكام هو - أولاً - منهج القرآن والسنة ، ثم سار عليه الصحابة والتابعون ، فقد بنوا اجتهاداتهم على ما فهموه من العلل والمقاصد ، ثم بحثه العلماء من بعدهم ، فلم يخل عصر من عصور الإسلام عن الكلام فيه .

المبحث الثاني

منهج القرآن في التعليل

لقد شرع الله أحكامه لمقاصد عظيمة جلبت للناس مصالحهم ودفعت عنهم المفاسد ، وأبان سبحانه ما في الأفعال من مفسد حثا علي اجتنابها ، وما في بعضها من المصالح ترغيبا في إتقانها . وحتى لا تسأم النفوس من سماع القرآن فقد تنوعت أساليب التعليل فيه على الوجه التالي ^(١).

أ- فتراه مرة يذكر وصفا مرتباً عليه حكماً، فيفهم السامع أن هذا الحكم يدور مع ذلك الوصف أينما وجد . من ذلك قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " ^(٢) وقوله : " والمساقي والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله " ^(٣)، وقوله : " وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة " ^(٤) وقوله : " إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد علمهم هذا " ^(٥).

ب- وتراه أخرى يذكر مع الحكم سببه مقرونا بحرف السببية مقمما أو مؤخرا ، كقوله تعالى: " أنن للذين يقتلون بأنهم ظلموا " ^(٦) وقوله:

^(١) انظر : المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها .

^(٢) سورة النور : آية ٢ .

^(٣) سورة المائدة : آية ٣٨ .

^(٤) سورة النساء : ١٠١ .

^(٥) سورة التوبة : آية ٢٨ .

^(٦) سورة الحج : آية ٣٩ .

"فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات ألحقت لهم" ^(١) وقوله:
"من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس
أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا
الناس جميعا" ^(٢).

ج- وطورا يأمر بشئ ويردغه بوصفه بأنه أظهر أو أزكى، كقوله جل
شأنه: "قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك
أزكى لهم" ^(٣) وقوله: "وإذا سألتموهن متاعا فاسألهن ممن راء
حجاب ذالكم أظهر لقلوبكم وقلوبهن" ^(٤) وقوله: "وإذا قيل لكم
ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم" ^(٥).

د- وحينما يذكر الحكم محلا إياه بحرف من حروف التعليل ، كقوله
تعالى: " ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فإله للرسول :
ولذى القرى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين
الأغنياء منكم" ^(٦).

وقوله: " فلما قضى زيد منها وطرا زوجنكها لكى لا يكون على
المؤمنين حرج فى أزواج أدعياتهم" ^(٧) وقوله: " وصل عليهم إن
صلاتك سكن لهم" ^(٨) وقوله: " ولا تطع كل حلاف مهين هملاز مشاء

^(١) سورة النساء : آية ١٦٠ .

^(٢) سورة المائدة : آية ٣٢ .

^(٣) سورة النور : آية ٣٠ .

^(٤) سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

^(٥) سورة النور : آية ٢٨ .

^(٦) سورة الحشر : آية ٧ .

^(٧) سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

سكن لهم " ^(١) وقوله : ولا تطع كل حلاف مهين همز مشاء بنميم مناع
للخير معتد أنتم عتل بعد ذلك زنيم أن كان ذا مال وبنين " ^(٢).
هـ- وفي مواضع كثيرة يأمر بالشئ مبينا مصالحه ، أو يحرم الشئ
مبينا مفسده المرتبة علي فعله ، كقوله تعالى : " وأعدوا لهم ما
استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم " ^(٣)
وقوله : " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا
بغير علم " ^(٤) وقوله : " إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس
من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن
يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر
الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون " ^(٥).

^(١) سورة القدر : آية ١٠٣ .

^(٢) سورة ن : الآيات من ١٠ - ١٤ .

^(٣) سورة الأنفال : آية ٦٠ .

^(٤) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

^(٥) سورة المائدة : آيت ٩٠ ، ٩١ .

المبحث الثالث

منهج السنة في التحليل

وكذلك جاءت السنة النبوية بتعليلات كثيرة في توضيح القرآن، وبيان العلل والأسباب التي أدت إلى التشريع ، وتقريب الأحكام إلى الأذهان مما يؤدي إلى مسارعة الناس إلى الامتثال ^(١).

ففي العبادات : بيان جلى لأهدافها، وأنه يطلب فيها التزام الحكمة والاعتدال والتخفيف والتيسير في أدائها فيقول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو الذي كان يبالغ في عبادته فيصوم نهاره ويقوم ليله : " ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار؟ قلت: إني أفعل ذلك، قال : إنك إذا فعلت ذلك هجعت عينك، ونفثت نفسك، وإن لنفسك عليك حقا، ولأهلك عليك حقا، فصم وافطر وقم ونم " ^(٢)

فقد بين له رسول الله ﷺ ما يترتب على تلك العبادة الشديدة من ضرر بالغ في النفس ، وضياع حقوق الأهل والولد ، وهذه من المصالح الدنيوية ، وفيه إشارة إلى ضياع المصالح الأخروية ، فإن من ضعف نفسه عجز عن أداء حقوق ربه، فيفوت الخير الكثير في آخره.

وهذا معاذ بن جبل رضي الله عنه يطيل في صلاته إتماما لها وتقربا بها فيشكوه الشاكى إلى رسول الله ﷺ " لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بنا فلان " وهنا يشرع رسول الله ﷺ التخفيف للصلاة ويزجر

^(١) انظر : تحليل الأحكام ص ٢٣ وما بعدها .

^(٢) انظر : عمدة القارى بشرح صحيح البخارى ج ٣ ص ٦٣٥ دار الطباعة العامرة . وجمعت : عارت وضعت بصرها لكثرة السهر . ونفثت : كلت وأبعت .

المطولين : " أيها الناس إنكم منفرون : فمن صلى بالناس فليخفف ، فإن فيه المريض والضعيف ، وذا الحاجة " (١).

فقد بين الرسول ﷺ الباعث على التخفيف ، وفيه الإشارة إلى أن الطاعة إذا أدت إلى ضياع المصالح أو لحق الناس منها الضرر ، خرجت عن مقصود الشارع .

وقال ﷺ للصحابه حينما امتنع عن إمامتهم لصلاة التراويح في الليلة الثالثة : " قد رأيت الذي صنعتُم فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن يفرض عليكم " (٢) فقد امتنع ﷺ من إمامتهم لما وجد رغبته فيها ، خشية الفرض عليهم ، ثم يأتي زمان يتهاون الناس فيها أو يعجزون عن أدائها فيتركون ما فرضه الله عليهم ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ومع هذا فقد أمهم ليلتين إشارة منه ﷺ إلى جواز صلاتها جماعة ، وامتناعه كان لتلك العلة .

وقد يفهم بعضهم أن الحكم شرع من أجل سبب خاص ، وهو مخطئ في هذا الفهم ، فيبين الرسول ﷺ الصواب فيه ، والعلة التي من أجلها شرع الحكم .

من ذلك : أنه لما نزل قول الله تبارك وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم " (٣) ظن بعض الناس أن المقصود من الاستئذان هو حصول الإذن فقط ، فجاء يستأذن رسول

(١) انظر : عمدة القاري ج ١ ص ٥٠١ .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها ج ٢ ص ٤٩ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

الله ﷺ فنظر من جحر النبی ﷺ، فعنقه رسول الله " لو أعلم أنك تنظر لطمعت به في عينيك " مبينا له السبب في تشريع هذا الحكم " إنما جعل الاستئذان من أجل البصر " ^(١) يعني أن وجوب الاستئذان لأجل حفظ البصر، حتى لا يقع النظر على من حرم النظر إليه.

هذا: وقد يأمر رسول الله ﷺ بالشئ وينهى عنه في حالة خاصة لسبب خاص، فيفهم الصحابة أنه حكم مؤلّد، فيسألون الرسول ﷺ التخفيف لما يلحقهم من الحرج، فيبين لهم أن ذلك ليس مؤيدا بل جاء لعلّة خاصة.

من ذلك: ما رواه أصحاب السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت: دف الناس من أهل البادية، فحضرت الأضحى، فقال رسول الله ﷺ " ادخروا للثلاث وتصدقوا بما بقي " قالت: فلما كان بعد ذلك، قلت يا رسول الله: قد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها للودك، ويتخذون منها الأسقية. قال: وما ذلك؟ قلت: نهيت عن إمساك لحوم الأضاحي بعد ثلاث فقال: " إنما كنت نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتصدقوا وتزودوا " ويرويه مسلم بلفظ " إنما فعلت ذلك من أجل الدافة " ^(٢).

وكثيرا ما يذكر رسول الله ﷺ الحكم معللاً بإياه بما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية.

ومن ذلك: حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ شبابة لا نجد شيئا فقال لنا رسول الله ﷺ: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم

^(١) انظر: صحيح البخاري ج ٨ ص ٥٤.

^(٢) دف للماشى: حنف على وجه الأرض، والدافة: الجماعة من الناس تقبل من بلد إلى بلد.

يستطع فعلية بالصوم فإنه له وجاء " (١) فتراه يأمر القادر على تكاليف الحياة الزوجية بالتزوج شارحا له ما يترتب على ذلك من مصالح ، مبينا السبب في هذا ، وهو حفظ البصر والفرج الذي أمر الله بحفظهما في غير آية ، وإذا حفظا كان الخير والفلاح ، فإن شرورا كثيرة تنشأ عنهما - وفي الوقت نفسه يأمر العاجز بسلاح آخر وهو الصوم ليكسر شهوته ، ومتى كسرت ترتب الخير على ذلك فإنه له وجاء " .

ومن ذلك : حديث النهى عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها ، معللاً هذا النهى بما يترتب على الفعل من ضرر بالغ وهو قطع الرحم "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم" (٢).

وأحيانا يبين أن فعلا من الأفعال يترتب عليه مصالح تقتضى إباحته ولكنه يمتنع عنه لما يخالط ذلك من مفسد أعظم منها ، فهو فيه فإن يوازن بين المصلحة والمفسدة ويقدم الأهم وهو دفع المفسدة.

من ذلك : ما أخرجه الشيخان بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : " لولا أن قومك حديثوا عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم " (٣) فهو يخبر أن تغيير البيت منكسر يجب إزالته ، ولكه أمتنع من ذلك ، لما يترتب عليه من نفورهم ، حيث ألفوا هذا الوضع وتمكنت العادات من نفوسهم ، وفي تغييره حرج لهم ، وربما رجعوا إلى الشرك مرة أخرى من أجل ذلك.

(١) انظر : صحيح البخارى ، باب من لم يستطع الشاة فليصم جـ ٣ ص ٣ ، دار مطابع الشعب .

(٢) رواه ابن عدى ، وفي رواية ابن حبان : " إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم " نيل الأوطار جـ ١ ص ١٤٧ .

(٣) انظر : المنع الكبير في صم الزيادة إلى إجماع الأصغر جـ ٣ ص ٥٢ .

ومن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن جابر رضى الله عنه، في قصة الرجل الذى قال لرسول الله ﷺ: عدل، فقال له عمر: دعنى يا رسول الله أقتل هذا المنافق، فقال: " معاذ الله أن يتحدث الناس أنى أقتل أصحابى " ^(١) فقد رأى رسول الله ﷺ أن يتحدث بمثل هذا ينفر الناس عن الإسلام، مبينا أن مفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

وقد يعارض أصحاب رسول الله ﷺ أمره بما يترتب عليه من ضرر يلحق المسلمين بسببه، فيقرهم على ذلك ﷺ.

من هذا : ما رواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده أن النبى ﷺ بعث أبا بكر ينادى : "من قال لا إله إلا الله نخل الجنة " فوجده عمر فرده وقال: " إذا يتكلموا " ^(٢)، وأقره الرسول ﷺ على ذلك، ولم ينكر عليه لما وجد المصلحة فيما قال .

هذا: والوقائع السابقة ليس فيها مخالفة للنصوص الشرعية كما ادعى الطوفى وغيره، لأنها تتطوى على العمل من صاحب الشرع نفسه، فالمستند فيها هو السنة قولاً وعملاً وتقريراً، فصاحب الشرع هو الذى ترك البيت ولم يعد بناءه على قواعد إبراهيم، فلم يكن هناك نص ترك من أجل المصلحة بل ثبت الترك بالنص رعاية للمصلحة، ولا يقال على فعل الرسول ﷺ أنه مخالف للنص، وكيف يقال ذلك، والتسريع صادر منه... كما أن صاحب الشرع هو الذى أقر اجتهد عمر فى رد

^(١) انظر : الفتح الكبير جـ ٣ ص ١٣٦ .

^(٢) انظر : نيل الأوطار جـ ١ ص ٢٩٦ .

أبى بكر ومنعه من النداء بأن من قال: لا إله إلا الله دخل الجنة، فهو
اجتهاد من عمر أقره الرسول ﷺ، فلا يقال بعد ذلك: إن رسول الله ﷺ
عارض النص بالمصلحة.

المبحث الرابع منع العداية في التعليل

أنتقل الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى تاركاً وراءه هؤلاء الأصحاب رضوان الله عليهم ، أمناء على شرع الله ، خلفاء في قيادة الأمة ، فساروا على الطريق الواضحة التي رسمها لهم ، وسلكوا السبيل التي سلكها رسول الله ﷺ في تعليل الأحكام ببيان أسبابها عند الحاجة . توسعوا في ذلك ولكن من غير مخالفة ولا عصيان ، بل اعتقاداً منهم أن شريعة الله ليست جامدة على المنصوص حتى توقع الناس في أصر أخبر الله أنه وضعه عنهم فدخلوا هذا الباب من نواح متعددة ^(١).

أ - فتارة يعللون أحكاماً وردت غير معللة ليعدوا حكمها ، كتعليلهم النهي عن قطع الأيدي في الغزو - والذي ورد مجرداً عن سبب هذا النهي فيما رواه أبو داود أن النبي ﷺ نهى عن أن تقطع الأيدي في الغزو ^(٢) - خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخير من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضباً كما قاله عمر وأبو الدرداء وحذيفة وغيرهم . وهذا في الرجل العادي من الجيش ، أما إذا كان الحد قد وجب على أمير الجيش مثلاً ، فستكون العلة في منع إقامة الحد عليه هي ظهور ضعف المسلمين وطمع العدو فيهم إذا أقاموا عليه الحد . فقد روى أبو يوسف في كتاب الخراج عن علقمة قال : غزونا أرض الروم ومعنا حذيفة وعلينا رجل من قريش ،

^(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٣٥ وما بعدها .

^(٢) سنن أبي داود مع شرحه عون الممبوع ج ٤ ص ٢٤٦ .

فشرب الخمر، فأردنا أن نحده ، فقال حذيفة: " تحذون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم " وروى هذا الأثر عبد الرازق بسند إلى علقمة قال: أصاب أمير الجيش وهو الوليد بن عقبة شراباً فسكر، فقال للناس لأبي مسعود وحذيفة بن اليمان : أقيما عليه الحد. فقالا: لا نفعل، نحن إزاء العدو ونكره أن يعلموا فيكون جرأة منهم علينا وضعفاً بنا " فالصحابية رضوان الله عليهم فهموا المقصود من النهي السابق لرسول الله ﷺ فعذوا الحكم إلى غيره من الحدود، لما تجر إقامتها عليهم إذ ذاك من الضرر بالمسلمين ^(١).

وهذا التعليل لم يخالف نصاً ولا قياساً ولا إجماعاً وليس فيه إلا تأخير الحد لمصلحة راجحة ، إما من حاجة المسلمين إليه ، أو من خوف ارتداده ولحقه بالكفار. ومثل هذا التأخير لعارض أمر وردت به الشريعة ، كما يؤخر الحد عن الحامل والمرضع ، وعن وقت الحر والبرد والمرض ، وهو لمصلحة المحدود خاصة ، فما بالك بما هو لمصلحة الإسلام عامة فهذا النوع ورد الحكم فيه غير مغل فغلوه بما يترتب على الفعل من ضرر ^(٢).

ب- وهناك أحكام وردت مطلقة أو معللة بعلّة، فلما بحثوها وجدوا تلك العلل قد زالت ، أو ما شرع له الحكم قد تغير، فغيروا الأحكام تبعاً لذلك.

^(١) انظر : إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٣ وما بعدها وتعليل الأحكام ص ٣٦ ، ٣٧ ومدخل الفقه الاسلامي

للدكتور سلام مذكور ص ١٠٨ ، ١٠٩

^(٢) انظر : تعليل الأحكام ص ٣٧ .

من ذلك: حكم المؤلفات قلوبهم شرع الله إعطاءهم من الزكاة، وأعطاهم رسول الله ﷺ من مال الله كثيرا ^(١)، ومضى زمن رسول الله ﷺ والأمر على ذلك، ثم حدث في زمن أبي بكر رضي الله عنه ما رواه الجصاص في تفسيره ^(٢) عن ابن سيرين عن عبيدة قال: جاء عيينة بن حصن والأقرع بن حابس إلى أبي بكر فقالا: يا خليفة رسول الله، إن عندنا أرضا سبخة ليس فيها كلا ولا منفعة، فإن رأيت أن تعطيناها فأقطعها إياها وكتب لهما عليها كتابا فأشهد، وليس في القوم عمر، فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما، فلما سمع عمر مافى الكتاب تناولته من أيديهما ثم نفل فيه فمحا، فتنمرا وقالوا مقالة سيئة، فقال: إن رسول الله ﷺ كان يتألفكما والإسلام يؤمئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام؟ إذهبا فاجهدا (أى أبلغا غايتكما في العمل) جهدكما، لا يرعى الله عليكما إن رعيتم... فترك أبو بكر الإنكار عليه.

فهذا أبو بكر يكتب لهما تأليفا اقتداء برسول الله ﷺ ظننا منه أن حكم التأليف باق، فلما بين له عمر أن التأليف لم يكن إلا لحاجة وهي تكثير سواد المسلمين وتقوية شوكتهم حينما كانوا في قلة وضعف، وقد انتهت هذه الحاجة وكثر المسلمون وقويت شوكتهم فلا داعى إذا إلى التأليف-

^(١) هؤلاء المؤلفات منهم من كان مسلما ضعف الإيمان ومنهم من كان على دبه . أعطاهم ليقوى إيمان الأول ويحسب الثاني في الإسلام .

^(٢) انظر : تفسير الجصاص جـ ٣ ، ص ١٥٣ .

سلم له ولم ينكر عليه، بل لم ينكر عليه أحد فصار إجماعاً على أن الحكم كان دائراً مع علته والغرض منه، فلما انتهى الغرض ترك الحكم^(١).

ج - وهناك أحكام شرعها الله في كتابه أو فعلها رسول الله ﷺ، فستراهم ينهون عنها في بعض الأحيان، مع اعترافهم بمشروعيتها، دفعاً لمفسدة تترتب على فعلها.

من ذلك: موقف عمر رضي الله عنه من نكاح المسلم للكتابية وقد عدها الله جلّت قدرته في عداد الحلال في قوله: " والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتهم أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان^(٢) " فقد روى الإمام محمد في كتابه الآثار عن إبراهيم عن حذيفة "أنه تزوج بيهودية بالمدائن، فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها، فكتب إليه: أحرام يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك أن لاتضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين^(٣)".

فقد منع عمر رضي الله عنه حذيفة من المباح خشية ما يترتب عليه من الضرر، وهو ترك المسلمات بلا زواج فيقعن فيما حرمه الله وفي ذلك من الفتنة والفساد ما فيه^(٤).

^(١) وى حكم عمر هنا يقول صاحب مسلم الثبوت: إنه من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء العلة وقال الشارح: وى التصريح بهم بالثلاثة فلوهم إشارة إلى ذلك " انظر: مسلم الثبوت مع شرحه جـ ٢ ص ٨٤ .

^(٢) سورة المائدة آية ٥ .

^(٣) انظر: أحكام القرآن للحصاني جـ ٢ ص ٣٩٧، الآثار لحمد بن الحسن ص ٧٥ طبعة الهند نقله صاحب رسالة تحليل الأحكام ص ٤٣ .

^(٤) انظر: تحليل الأحكام ص ٤٣، ٤٤، والاجتهاد في التشريع الإسلامي للدكتور سلام مذكور ص ٦١ .

د- وهناك أحكام زاجرة اقتضتها الحاجة لم تكن في زمن الرسول ﷺ فقتلوا بها دفعا لمفسدة متحققة أو مظنونة وإن أدى ذلك إلى تخصيص النص.

من ذلك: مسألة الطلاق الثلاث، وإيقاعه، وموقف عمر رضي الله عنه من ذلك، فقد أوقع عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، مخالفا بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ، وعهد أبي بكر، بل في صدر من عهده هو أيضا لأنه رأى أن هذه هي الوسيلة لمنع المسلمين من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن أفرطوا فيه بلفظ واحد، فقد فعل ذلك للمصلحة وحدها... وأجاز قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله لأنه رأى في عدم قتلهم به إهدارا لدم معصوم، وتشجيعا على القتل الحرام بالاشتراك فيه فلا يتحقق مصلحة الزجر التي من أجلها شرع القصاص... ولم يقطع يد سارق أو سارقة في عام المجاعة، لأنه رأى أن هذه السرقة كانت لحفظ الحياة، وحفظ الحياة مقدم على حفظ المال فضرورة المحافظة على الحياة دفعتهم إلى السرقة، والمضطر يجوز له أن يأخذ من مال غيره ما يسد ضرورته ولو بدون إذن فلو أكل هؤلاء ما حرم الله، كالميتة وغيرها لحل لهم ذلك ولو لا حالة الضرورة هذه لقطع عمر أيديهم، وحالة الضرورة هذه شبهة تدرأ الحد فعمرو - رضي الله عنه - لم يسقط الحد بعد وجوبه، بل هو لم يجب أصلا لوجود الشبهة التي أوجبت درأه^(١).

(١) انظر : المصلحة ونجم الدين الطوسي ص ٣١ ، ٣٢ (والفيل يتصرف)

ومن هذا النوع أيضا: حكم عمر رضى الله عنه بتأييد الحرمة على من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها زجرا لأمثاله أن يفعلوه، ومعاملة له بنقيض مقصوده ، مع أنها لم تعد من المحرمات في القرآن والسنة... وكحكم عثمان رضى الله عنه بتوريث المبتوتة فى مرض الموت بعد انقضاء عدتها ، معاملة للزوج بنقيض مقصوده لأن قصده الفرار من الميراث ، وهذه لم تعد في جملة الورثة حيث خرجت عن الزوجية....

وإذا كان الشارع منع القاتل من الميراث معاملة له بنقيض مقصوده حيث استعجل الميراث بالقتل فحرمه الشارع منه، فهؤلاء سلكوا سبيله موافقين غير مخالفين ، ومعتقدهم فى ذلك أن الأحكام شرعت لمقاصد قصدها الحكيم سبحانه، ولولا هذا لوقفوا عند النصوص^(١).
هـ- وهناك أفعال فعلوها لم تكن على عهد رسول الله ﷺ عللوها بأنها خير، وأحكام حكموا بها فى حوادث جدت معللين بما يوافق العلل المنصوصة .

- فمن الأول: قول عمر لأبى بكر- رضى الله عنهما- فى مسألة جمع القرآن كما رواه البخارى لما قال له أبو بكر: كيف تفعل فعلا لم يفعله رسول الله ﷺ؟ فقال: والله إنه خير ومصلحة الإسلام، فلما اقتنع أبو بكر بخيريته ، أمر زيد بن ثابت بالجمع ، فقال له الآخر: كيف تفعل شيئا لم يفعله رسول الله؟ فأجاب بأنه خير.

(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٦٣ .

ووجه المصلحة فيه : أن القرآن كان مكتوباً كله ولكنه مفرق، وكان المعتمد عليه حينئذ ماقى صدور الرجال فلما قتل عدد كبير من القراء في وقعة اليمامة، رأوا أنهم لو تركوه ضاع بموت القراء. وقد يقال: إنهم لم يفعلوا شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ لأنه كان يأمر الكتاب بالكتابة، وتوفى القرآن كله مكتوب.

والجواب: أنهم جمعوه في مكان واحد مرتباً بعد أن كان مفرقاً غير مرتب ولأنه لو كان مكتوباً على الوجه الذي جمعوه، لما نازع أبوبكر أولاً محتجاً بأنه شئ لم يفعله رسول الله ، وكذلك ابن ثابت؟ ولما لجأ عمر إلى القول بأنه خير، بل كان يكفي أن يقول: إن رسول الله فعله^(١).

- ومن الثاني: ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن القاسم: أن رجلاً سرق من بيت المال ، فكتب عمر بن الخطاب "لا تقطعه فإن له فيه حقاً"^(٢).

وروى مالك في الموطأ بسند متصل: " أن عبد الله بن عمرو الحضرمي جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له: أقطع يد غلامي فإنه سرق فقال له عمر: ماذا سرق؟ فقال: سرق امرأة لامرأتى ثمنها ستون درهماً؟ فقال عمر: أرسله فليس عليه قطع خادمتكم سرق متاعكم"^(٣).

^(١) انظر : المرجع السابق ص ٦٤ .

^(٢) سبل السلام ج٢ ص ٢٦ .

^(٣) انظر : المنتقى شرح موطأ مالك ج٧ ص ١٨٤ الطبعة الأولى .

وروى محمد بن الحسن قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم: أن معقل بن مقرن المزني أتى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بأمة له زنت، قال: اجلدها خمسين جلدة، فقال: إنها لم تحصن، قال عبد الله: إسلامها إحصانها قال: فإن عبدا لى سرق من عبد لى آخر، قال ليس عليه قطع، مالك بعضه من بعض (١).

فهذه الآثار نفت القطع بعد ثبوت مقتضاه وهو السرقة، وأخرجت هؤلاء من عموم النص بعد تعليلهم بما يدفع الحد عنهم من وجود الشبهة فى السارق من الغنيمة وهى أنه صاحب حق وفى الخادم وهى خدمته، وعدم إحراز المال عنه لكثرة دخوله عليه، فلم يتحقق موجب القطع وإن سمي سارقا وفى العبد الذى سرق من زميله، وهى أن الكل مال السيد وعدم حرزه عنهم. وكل هذا موافق أو مأخوذ من قوله ﷺ ادروا الحدود بالشبهات (٢) أو ما فى معناه (٣).

و- وهناك أحكام اشتبه الأمر فيها على بعضهم فتوقف فيها أو حكم بحكم غير صحيح فيبين له صحابى آخر الصواب فيها فيوافقه.

من ذلك: ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم " أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتى برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء، فأمر بقتله، فقال عبد الله بن

(١) انظر: الآثار محمد بن الحسن الشيباني ص ١٠٧.

(٢) الحديث رواه الترمذى والحاكم فى مستدركه والبيهقى فى سننه عن عائشة رضى الله عنها كما رواه ابن عسدى فى الكامل.

انظر الفتاح الكبير فى ضم الزيادة إلى إجماع الصغير ج ١ ص ٦٠.

(٣) انظر: تعليل الأحكام ص ٦٥، ٦٦.

مسعود رضى الله عنه : كانت النفس لهم جميعا، فلما عفا هذا حى النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه، يعنى الذى لم يعف، حتى يأخذ حق غيره قال: فما ترى؟ قال: أرى أن تجعل الدية عليه فى ماله وترفع عنه حصة الذى عفا. قال عمر رضى الله عنه: وأنا أرى ذلك ^(١).

بيان هذا: أن الله سبحانه حكم بالقصاص فى القتل إلا إذا وجد عفو، فإنه يسقط عنه القود. يقول الله سبحانه: " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شئ فلتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة. " ^(٢) والعفو له خمسة معان الذى يصح منها هنا أحد معنيين: العطاء أو الإسقاط. رجح الشافعى الإسقاط ، وغيره العطاء. وروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: "من قتل له قتل فهو بخير النظرين: إما أن يقتدي وإما أن يقتل " وفى رواية الترمذى "إما أن يعفو وإما أن يقتل ^(٣) وفى رواية أبى داود والنسائى " فمن قتل له قتل بعد مقاتلته هذه فأمله بين خيرتين إما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا، ^(٤) فقد جعل الخيار للولى فى القتل أو أخذ الدية إن عفا، وليس فى الآية والحديث حكم ما لو عفا بعض الأولياء دون الآخرين. فعمر رضى الله عنه نظر فى القضية وحكم بالقود كما هو الأصل. ولما عفا البعض ظن أن العفو لا يعمل إلا إذا كان من الجميع، فرجح جانب صاحب الأصل وهو الذى لم يعف فود

^(١) انظر : الآثار محمد بن الحسن ص ١١٣ .

^(٢) سورة البقرة : آية ١٧٨ .

^(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٦٠٠ .

^(٤) سبل السلام ج ٣ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

عليه ابن مسعود مبينا له أن لكل منهما حقا مستقلا لا يجوز إسقاط أحدهما بالآخر، فصاحب العفو لما عفا أسقط القود عن النفس، فلو أمضيناه أسقط حق الذي لم يعف، ولم أمض حق الطالب للقصاص ضاع حق الذي عفا، فجمعاً بين الحقيقتين؟ نفرض الدية وفيها يمكن استيفاء كل منهما حقه فيأخذ الطالب نصيبه ويسقط حق الذي عفا^(١).

وأخيراً هناك أحكام وقفوا عندها غير معللين أو ظهرت لهم العلة وزوالها، ولكنهم أثروا الوقوف عندها لقتداء برسول الله ﷺ المصلحة في تغييرها، وهذا النوع يختلف عما تقدم.

من ذلك: ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جاء إلى الحجر الأسود قبله فقال: إني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ماقبلتك^(٢) وقال: " مالنا وللرمل إنما راعينا به المشركين وقد أهلكهم الله، ثم قال: شئ صنعته رسول الله ﷺ لا نحب أن نتركه ثم رمل"^(٣).

فعمر رضي الله عنه يعرف العلة وزوالها، ومع ذلك يؤثر اتباع رسول الله ﷺ معترفاً أن هذا الحكم وما شابهه تعبدى محض أمرنا بالوقوف عنده لاتعدوه إلى غيره.

فكثير ما نراه رضي الله عنه يعلل الأحكام بعلل اتباعاً للمصلحة، لكنه رأى في هذا الفعل (الرمل) أنه وإن كانت العلة قد زالت فلم يجد

^(١) انظر: تعليل الأحكام ص ٦٦، ٦٧.

^(٢) رواه البهاري في باب ما ذكر في الحجر الأسود جـ ١ ص ١٨٣، دار مطابع الشعب.

^(٣) نقله البيهقي في سننه جـ ٨ ص ٨٢.

مصلحة في تركه ولا يترتب على فعله مفسدة، ومثل هذا لا يترك وذلك يهديننا إلى مبلغ فهمهم لشريعة الله ومقاصدها، وعدم وقوفهم عند النص في كل شيء بل في الأحكام الثابتة التي لا يتغير المقصود منها على مسر الأيام.

والخلاصة:

أن الصحابة- رضوان الله عليهم- عللوا وأثبتوا الأحكام بناء على هذه العلل، وكان من نتيجة تعليلهم هذا أن غيروا بعض الأحكام تبعاً لتغير المعنى الذي من أجله شرع الحكم^(١).

^(١) انظر : تحليل الأحكام ص ٧١ .

المبحث الخامس

منهج التابعين وتابعيهم في التعليل

انتهى عصر الصحابة رضوان الله عليهم ، وجاء عصر التابعين وتابعيهم، وكانوا كسلفهم أمانة على شرع الله محافظين على حدود الله، وكان منهجهم في التعليل لا يخرج أيضا عن منهج أسلافهم، وإن تفرقوا في الطريقة واختلفوا في المشرّب حسب المعين الذي شربوا منه، والصحابي الذي تلقوا عنه، والبيئة التي كونتهم، والظروف التي أحاطت بهم.

وإليك بعضا من هذه التعليلات ^(١):

أ - فهناك نصوص جاءت بأحكام مطلقة أو عامة، فوجدوا العمل بهذا الإطلاق أو العموم موصلا إلى خلاف المصلحة، فعملوا بالمصلحة، وإن أدت إلى تقييد النص، أو تخصيصه.

من ذلك ما روى عن أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت ، فقال: إن الله هو القابض الباسط الرزاق المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال " ^(٢) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله سعر لنا ، فقال: بل

^(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٧٢ وما بعدها .

^(٢) انظر : نيل الأوطار حـ ص ١٨٦ .

ادعوا الله. ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله سعر، فقال: بل الله يخفض ويرفع^(١).

فالرسول ﷺ لا يرضى بالتسعير، لما فيه من ظلم بأرباب السلع وهم التجار، حيث إن التسعير يجبرهم على بيع أموالهم بما لا يرضون به. والله سبحانه وتعالى نهى عن أن تؤكل أموال الناس إلا إذا كانت تجارة عن تراض.

غير أن طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب وربيع بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري أفتوا بجواز التسعير كما نقله عنهم أبو الوليد الباجي في شرح الموطأ^(٢). فما الذي استندوا إليه والحديث صريح لاليس فيه، هل ورد حديث آخر يبيح التسعير؟ لا، ولكنها المصلحة ودفع الضرر...

فقد نظر هؤلاء إلى النهي معللاً بعدم ما يقتضيه، ومجرد غلاء السعر الذي حدث لا يوجب، فلما جد في زمنهم ما يحوج إليه أفتوا به. ومن تأمل لفظ الحديث بروايتيه، لم يجد فيه أن التسعير حرام لا تصريحاً ولا تلويحاً، بل غاية ما فيه تفويض الأمر لله لأنه القابض الباسط، وأمر لهم بالدعاء كي يرفع الله عنهم ما نزل بهم، ولم يكن ثمة غير غلاء السعر، والغلاء كما يكون من تحكم أصحاب السلع رغبة في ربح كبير، يكون من قضية العرض والطلب، فلو كان الذي حدث في عهد رسول

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: للتفتي شرح موطأ مالك ج ١ ص ١٨. وقال الباجي فيه موجهاً هذا القول: "إنه نظر لمصالح الناس ومنع للإنساد عليهم، وليس فيه جرم للبيعة على البيع حتى يكون منقياً للملك ولكنه منع من البيع بغير هذا السعر على حسب ما رآه الإمام من المصلحة فيه للبايع والمبتاع ولا يمنع البائع ربماً ولا يوسع له منه ما يضر الناس".

الله ﷻ هو تحكم التجار قصد إضرار الناس، ما تركهم من غير تسعير رفعا لهذا الظلم، ولكن الذي حدث في عصره ﷺ هو مجرد الغلاء فقط كما جاء في رواية أنس رضي الله عنه "غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله لو سمرت... " (١).

ب- وهناك أحكام لم يرد بها نص أفتوا وقضوا بها لما فيها من المصلحة وهو ما يسمى بالمصلحة المرسلة في عرف الأصوليين.

من ذلك: ما جاء في الأم للإمام الشافعي وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح، فضمن قصارا احترق بيته، فقال : تضمنني وقد احترق بيتي ؟ فقال شريح: "أرأيت لو احترق بيتي كنت تترك له أجرك" (٢).

فتراه قد أفتى بما فيه مصلحة للناس، ويرد على قول القصار الذي استبعد فيه تضمينه مع احتراق بيته وليس له دخل فيه بأن هذا لا يصلح علة لسقوط الضمان منازراً بشئ متفق عليه وهو احتراق بيت صاحب الثوب الذي لا يسقط الأجرة عنه، فكذا هذا (٣).

ج- وهناك أفعال مباحة أو مسنونة تركوها لما يترتب على فعلها من المفاسد: من ذلك؟ مارواه الطبري عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب " أنه اعتمر مع عمر بن الخطاب في ركب فيهم عمرو بن العاص ، وأن عمر بن الخطاب عرس (٤)

(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٧٨ ، ٧٩ .

(٢) انظر : الأم ج ٧ ص ٨٧ .

(٣) تعليل الأحكام ص ٨٥ ، ٨٦ .

(٤) جاء في الصباح للزم مادة عرس : ويقال عرس إذا برز المسافر ليستريح ليلة ثم يرثل ، وقالوا : عرس القوم في الدل ترمياً إذا نزلوا أي وقت كان من لي خار . انظر الكتاب المذكور ص ٥٤٩ .

ببعض الطريق قريباً من بعض المياه ، فاحتلم عمرو وقد كاد أن يصبح فلم يجد مع الركب ماء ، فركب حتى جاء الماء فجعل يغسل مارأى من ذلك الاحتلام حتى أسفر ، فقال له عمرو بن العاص : أصبحت ومعنا ثياب فدع ثوبك يغسل ، فقال عمر : وأعجبا لك يا عمرو بن العاص لئن كنت تجد ثياباً أفكل الناس يجد ثياباً؟ والله لو فعلتها لكانت سنة بل أغسل ما رأيت وأنضح ^(١) ما لم أر ^(٢)

فقد امتنع رضى الله عنه من فعل مباح لما يترتب عليه من مفسدة الحرج على الناس والمشقة التي تلحقهم ^(٣).

د- وقد يشتبه علي أحدهم الحكم فيحكم أو يفتى خطأ فيبين له الآخر وجه الصواب مبيناً سبب الخطأ فيما قال.

من ذلك : ما رواه ابن سعد في طبقاته قال : "سأل رجل سعيد بن المسيب في رجل نذر في معصية ، فقال سعيد : يوفى به ، فنسأل عكرمة فقال : لا يوفى به . قال : فذهب الرجل إلى سعيد فأخبره بقول عكرمة ، فقال سعيد : لا ينتهي عبد ابن عباس حتى يلقي في عنقه حبل ويطاف به قال : فجاء الرجل إلى عكرمة فأخبره الخبر فقال له عكرمة : إنك رجل

^(١) يقال : نضحت الثوب نضحاً من باب ضرب ونضح وهو اللبل بالماء والرش والصباح للمر من ٨٣٧ . مادة نضح .

^(٢) انظر : للفتني شرح موجز مالك جـ ١ ص ١٠٢ .

^(٣) انظر : تحليل الأحكام ص ٨٩ .

سوء قال: لم؟ فقال: فكما بلغتني قبله قل له: هذا النذر لله أم للشيطان؟
فوالله إن زعم أنه لله ليكذب، ولئن زعم أنه للشيطان ليكفر^(١) - (٢).
فابن المصيب نظر إلى النص وهو قوله تعالى: "وليوفوا
نذورهم"^(٣) حيث لم يفصل، وكذلك الأحاديث مطلقة ولكن عكراً يخطئه
في هذا وينظر إلى المعنى المقصود من الأمر بالوفاء بالنذر، وأنه معطل
بكونه قربة وعبادة يتقرب بها إلى الله سبحانه، فإذا خرج عن هذه الدائرة
أمتنع الوفاء به ولذلك أفتى هنا بعدم الوفاء مبيناً على الحكم بأن هذا النذر
إن كان لله فلا يصح حيث يمتنع التقرب إليه بالمعاصي، وإن كان
لشيطان كفر من أمره بالوفاء به^(٤).

^(١) وفيه قول الرسول ﷺ: "من نذر نفرأ في معصية فكفارته كفارة عير" حجة الله البالغة جـ ٢ ص ٢٠٤ دار
التراث.

^(٢) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد جـ ٥ ص ٢١٤ ضع ليدن.

^(٣) سورة الحج: آية ٢٩.

^(٤) انظر: تعليل الأحكام ص ٩١.

المبحث السادس

التعليل في عصر تأليف الأصول

بيننا أنفا أن التعليل هو - أولا - مسلك القرآن والسنة، ثم علل الصحابة بفطرتهم السليمة ثم سار على نهجهم التابعون وتابعوهم... ثم ابتلى الناس بعلم الكلام، فجاء التعقيد والخلاف والجدل، ثم انتقل أثر ذلك إلى الميدان الأصولي لاسيما أن عددا من كبار المتكلمين كانوا أصوليين وأفوا في علم الأصول.

وما بيناه سابقا يدل على أن التعليل قبل هذه الحقبة، أو قبل تأثير علم الكلام في المجال الفقهي الأصولي - كان مسألة مسلمة كما ذكر الشاطبي رحمه الله^(١) حيث ينظر إلى الشريعة على أنها رحمة وخير وصلاح وعدل وتركية، وأنها لم تترك خيرا إلا دلت عليه، ولم تترك شرا إلا نهت عنه وسدت طريقه، وأن هذه غايتها وعلتها.

يقول فضيلة الدكتور محمد مصطفى شلبي بعد أن ذكر مسالك القرآن والسنة في التعليل وجمع كثيرا من تعليقات السلف واجتهاداتهم المبنية عليها: "وما كنت بحاجة إلى هذا البحث بعد ما تقدم من عرض نصوص التعليل في القرآن والسنة ومسلك الصحابة والتابعين وتابعيهم فيه غير متخالفين ولا متنازعين، وفيه الحجة القاطعة على أن أحكام الله

(١) انظر: المرافقات ج ٢ ص ٦.

معلقة بمصالح العباد، وقد وجد إجماع أو شبه إجماع على هذه الدعوى قبل أن يولد المتخاصمون فيها...^(١).

وقد جزم كثير من العلماء بانعقاد الإجماع في مسألة التعليل . ومن هؤلاء الأمدى رحمه الله " فقد نص على أنه لا يجوز القول بوجود حكم لا لعله إذ هو خلاف إجماع الفقهاء على أن الحكم لا يخلو من علة " ثم أكد ذلك موضع آخر بقوله : "إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو من حكمة ومقصود " ^(٢) وبمثل هذا صرح ابن الحاجب فقال: " فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأئمة " ^(٣).

ويقول الطوفى : " أجمع العلماء - إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية- على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفسد، حتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح " ^(٤).

^(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٩٦ .

^(٢) انظر : الاحكام ج ٣ ص ٣٨٠ ، ٤١١ .

^(٣) انظر : منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول واجدل ص ١٨٤ .

^(٤) انظر : المصلحة ونعم الدين الطوفى ص ٢١٥ .

والشاطبي نفسه - الذى صرح بوجود مخالفين فى المسألة - نجده ينص أيضا : على وجود إجماع على التعليل فيقول : " والإجماع على أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة " ^(١) ، ويقول أيضا : " الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق " ^(٢) .

وقد انتقد العلامة شاه ولي الله الدهلوى منكرى التعليل وأنكر عليهم ظنهم أن الشريعة ليست سوى اختبار وتعبد لا اهتمام لها بشئ من المصالح ، ثم قال : " وهذا ظن فاسد تكذبه السنة وإجماع القرون المشهود لها بالخير " ^(٣) .

هذا : والإجماع المذكور فى الأقوال السابقة وإن كان ينصرف أساسا إلى السلف من جهة وإلى الفقهاء والأصوليين من جهة أخرى ، فانصرافه هذا لا ينقص من قيمته فى شئ ، لأنه إجماع السلف المقتضى بهم ، كما أنه إجماع أهل الاختصاص بعد ذلك .

ومن هنا : فإن خرق بعض المتكلمين فى زمن متأخر لهذا الإجماع ، لا يقدح فيه ، بل الإجماع قادح فيما ابتدعوه من النظريات والمعقولات الجبلية ^(٤) .

ومن هنا أيضا : فلا عبرة بما قاله ابن السبكي وهو يعقب على قول البيضاوى : " الاستقراء دل على أن الله تعالى شرع أحكامه لمصالح

^(١) انظر : المرافقات جـ ٢ ص ١٢٦ .

^(٢) انظر : المرجع السابق جـ ١ ص ١٣٩ .

^(٣) انظر : حجة الله البالغة جـ ١ ص ٦ .

^(٤) انظر : نظرية المقاصد ص ١٨٥ .

عباده تفضلا وإحسانا " حيث قال في الشرح: " وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد... وهذه الدعوى باطلة ، لأن المتكلمين - يقصد المتكلمين الأشاعرة - لم يقولوا بتعليل الأحكام، لا بطريق الوجوب ولا الجواز... " (١). وما ذكره ابن السبكي لا يقدح في دعوى الإجماع ، لأن للظاهر من أدلة المنكرين أن محل الإنكار إنما هو التعليل بعلة موجبة وباعثة حقيقة لله تعالى على أن يحكم بحكم معين، وليس هذا موضوع الإجماع، وإنما موضوعه: أن الله تعالى شرع أحكامه لحكم ومصالح تعود على العباد. لا على معنى أن تكون هذه الحكم أغراضا باعثة حقيقة له تعالى بحيث يعد مستكملا بغيره، بل على معنى أنها غاية وحكمة مترتبة على فعله وحكمه (٢).

(١) ثم ذكر دليلهم على إنكار التعليل قائلا " وقد قالوا لا يجوز أن تملأ أفعال الله تعالى : لأن من فعل فعلا لفرض كان حصوله بالنسبة إليه أولى سواء كان ذلك المرض يعود إليه أم إلى الغير وإذا كان كذلك يكون ناقصا في نفسه مستكملا في غيره ويتعالى الله سبحانه عن ذلك " انظر الإلهام شرح للمهاج جـ ٣ ص ٦٨ .

وقد رد على هذا الدليل المذكور لشكري التعليل بأن الحكم والمصالح والغايات للترتبة على أفعال الله بتسريع أحكامه إنما هي راجعة إلى المكلفين فالعباد هم المحتاجون إلى تلك الحكم والمصالح فمن أجل ذلك شرع أحكامه لمصلحة راجعة إلى الخلق ،

(٢) وإذا كان ابن السبكي قد نفى التعليل بالمصالح عن الأغراض وأنواعها ، فإن هذا ليس معناه أنه نفى التعليل بالحكم والمصالح التي ليست بأغراض أو بواعث لأنه قائل بذلك بدل عليه أنه صرح قبل نقضه للإجماع المذكور في المسألة أن أحكام الشرع قد جاءت على وفق مصالح العباد فقال : أننا استقرنا أحكام الشرع فوجدناها على وفق مصالح العباد ، وذلك من فضل الله تعالى وإحسانه لا بطريق الوجوب عليه خلافا للمعتزلة فحيث ثبت حكم وهناك وصف صالح لعلة ذلك الحكم ولم يوجد غيره يعمل عن أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم والعمل بالظن واجب

انظر : الإلهام شرح للمهاج جـ ٣ ص ٦٨ .

على أن من أمعن النظر ونبق البحث وجد أنه: لا خلاف في الحقيقة بين متكلمي الأشاعرة القائلين بأن الأحكام الشرعية ليست معاللة بالحكم والمصالح وبين الجمهور القائلين بأنها معاللة، لأن العلل والبواعث التي قال بها الجمهور: هي المصالح والحكم المترتبة على أحكامه تعالى المقصودة من شرعيتها على سبيل التفضل والإحسان.

وأما البواعث التي أنكرها متكلموا الأشاعرة: فهي العلل والبواعث والأغراض الحاملة للفاعل على الفعل، المستلزمة للنقص في حق الفاعل لاستكمالها بها، وهذا لا يقول به الجمهور قطعا بل ينكرونها إنكارا باتا، إذ الكل متفق على وجوب اتصافه تعالى بالكمال المطلق والاستغناء التام .

فالعلماء جميعا متفقون على نفي الأغراض والعلل عن أحكامه تعالى وأفعاله بمعناها الحقيقي المتعارف في الحوادث ، وعلى إثباتها للأحكام والأفعال بمعنى الحكم والمصالح المترتبة عليها على سبيل التفضل والإحسان.

غاية الأمر: أن الجمهور من الفقهاء يعبرون عن هذه الحكم والمصالح بالعلل والبواعث، ولا يخرجون من هذا التعبير اعتمادا على الأدلة القطعية الدالة على اتصافه تعالى بالكمال المطلق كقيلة بإبعاد ظاهره عن الأفهام.

وأما متكلموا الأشاعرة: فإنهم يعبرون عن هذا بالغايات والحكم ويتحاشون التعبير عنها بالعلل والبواعث لما فيه من إيهام المراد^(١).

وإذا كانت حكاية الإجماع على أن الأحكام معطلة بمصالح العباد، لا تتنافى مع ما حكى عن متكلمي الأشاعرة من إنكار التعليل، فهناك مسألة أخرى تتعلق بما تقدم، وهي وجوب تعليل أفعال الله تعالى عند المعتزلة أو منع ذلك عند غيرهم وأرى نقل عبارة الطوفى في هذا المضممار، فإنها على قصرها مفيدة لتصور الآراء في المسألتين، مع تجنب الجدل، والتطويل والمناقشات العقلية الكثيرة.

^(١) ومن الذين اعتصموا برفع الخلاف بين المعتزليين بالتعليل وبين المتكلمين للمكرين له، ابن الحمام الحنفى، فقد حاول تقريب الشقة بقوله: الأقرب إلى التحقيق أن الخلاف لفظى مبنى على معنى المرض. فمن فسره بالمعنى العائدة إلى الفاعل، قال: لا تمل، ولا يبنى، أن يتزاع في هذا. ومن فسره بالمعنى العائدة على العباد، قال: تمل، وكذلك لا يبنى أن يتزاع فيه. وقد مال ابن عاشور - شيا ما - إلى مثل هذا التوفيق فقال: "والسألة تختلف فيها بين المتكلمين باختلاف ما يشبه أن يكون لفظيا. فإن جميع المسلمين اتفقوا على أن أفعال الله تعالى ناشئة عن إرادة واختيار، وعلى وفق علمه. وأن جميعها مشتمل على حكم ومصالح. وإنما الخلاف في لما أتوصف بكونها أغراضا وعلا غائية أم لا" ثم نبه على أمر قد يكون هو الخلفية الحقيقية لهذا الإنكار الغريب لتعليل الأحكام، وهو أن المتكلمين قد اضطربوا لهذا الإنكار فراروا من المقولات والالتزامات الاعتزالية، التي تجعل القول بالتعليل مقدمة للقول بوجوب الإصلاح والإصلاح على الله. وقد ذهب الدكتور البوطى إلى توفيق آخر، فقد رأى أن التعليل المقصود في علم الكلام هو غير التعليل الأصولى الفقهى. وهنا فالتعليل الذى هناك هو غير التعليل الذى هنا. قال: "فالعلة التى يتحدثون عنها في علم الكلام، هي العلة التى يقصدها الفلاسفة، وهي ما يوجب الشئ لذاته ... ولا ريب أنه لا يجب أن ينسب هذا التعليل إلى أفعال الله تعالى بأى حال... أما مراد أهل السنة بالعلة التى يبتدونها للأحكام في بحث الأصول، فهو العلة المسببة التى تبدو لنا كذلك، إذ جعلها الله تعالى موجبة لحكم معين. انظر: تيسر التحرير ج ٣ ص ٣٠٤، ٣٠٥، ونظرة لمقاصد ١٨٨، ١٨٧ قلنا عن تفسير التحرير والتوير للطاهر بمن عاشور ج ١ ص ٣٧٩ - ٣٨١، وضوابط للصحة ص ٩٦، ٩٧ (والنقل بحرف).

قال نجم الدين الطوفي عند بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة التفصيل^(١): "وأما التفصيل ففيه أبحاث :

(١) أما بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة الإجمال ، فقد ذكر - رحمه الله - قوله عز وجل: "يا أيها الناس قد جئناكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين" قل فصل الله وبرحته فيذلك فليبرحوا هو عموما يعمون " ٥٧ ، ٥٨ سورة يونس.

ودلالتها من وجوه: أحدها: قوله عز وجل: لا قد جاءكم موعظة حيث اهتم بوعظهم وفيه أكبر مصلحتهم ، إذ في الوعظ كفهم عن الردى وإرشادهم إلى الهدى.

الثاني : وصف القرآن بأنه شفاء لما في الصدور يعنى من شك ونحوه ، وهو مصلحة عظيمة .

الثالث : وصفة بالهدى .

الرابع : وصمة بالرحمة ، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة

الخامس إضافة ذلك إلى فضل الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

السادس : أمره بإبلاغهم بالفرح بذلك فقوله عز وجل : "مدلك لمبرحوا" هو في معنى التهنية فهم ، والفرح والتهنية إما يكونان لمصلحة عظيمة .

السابع : قوله عز وجل " هو خير مما يجمعون " والذي يجمعونه هو من مصلحتهم . فالقرآن ونفعه أصلح من مصلحتهم ، والأصلح من المصلحة غاية للمصلحة . ثم قال فهذه سبعة أوجه تدل على أن الشارع راعى مصلحة المكلفين واهتم

بها . (المصلحة ونعم الدين الطوفي ص ١٩ ، ٢٠ من ملحق الرسالة) .

البحث الأول:

فى أن أفعال الله عز وجل معللة ^(١) أم لا .

حجة المثبت: أن فعلا لا علة له عبث، والله عز وجل منزّه عن العبث، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو لتعلموا عدد السفين والحساب ^(٢).

وحجة النافى: أن كل من فعل فعلا لعله فهو مستكمل بتلك العلة مالم يكن له قبلها، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره، والنقص على الله عز وجل محال.

وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكره إلا فى حق المخلوقين. والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم، لا بنفع الله عز وجل وكماله لاستغنائه بذاته عما سواه.

البحث الثاني:

أن رعاية المصالح تفضل من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة، واجبة عليه عند المعتزلة.

^(١) أصل هذه المسألة : القول بسجوب الأصلح على الله عند المعتزلة بناء على الحسن والفتح العقلى عندهم ، وأصل الحسن والفتح فرع أن أفعال العباد مخلوقة بقدرة العبد استقلالاً . وقال الأشاعرة لا يجب على الله الأصلح لانتفاء الحسن والفتح ، لأن الأصل في أفعال العباد عندهم أنها مخلوقة لله ، وأفعال العباد من مسائل الكلام وهى أول مسألة وقع فيها الخلاف بين متكلمي الأشاعرة والمعتزلة اختلف فيها وأصل بن عطاء مع أستاذه الحسن البصرى واعتزله .

^(٢) سورة الاسراء :آية ١٢ .

حجة الأولين: أن الله عز وجل متصرف في خلقه بالملك، فلا يجب عليه شيء، وأن الإيجاب يستدعي موجبا أعلى، ولا أعلى من الله عز وجل.

وحجة الآخرين: أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة فوجب أن يراعى مصالحهم إزالة لعلهم في التكليف، وإلا لكان ذلك تكليفا بما لا يطاق أو شبيها به.

وأجيب عنه: بأن هذا مبنى على تحسين العقل وتقيحه وهو باطل عن الجمهور.

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيث السترم التفضل بها لا واجبة عليه، كما في قوله تعالى: "إنما التوبة على الله^(١) فإن قبولها واجب منه لا عليه، وكذلك الرحمة في قوله تعالى: "كتب ربكم على نفسه الرحمة" ^(٢) فإن الرحمة واجبه منه لا عليه ونحو ذلك^(٣). هذا : ونخلص مما تقدم أن من نفى التعليل ومن أثبتته كلهم متفقون على أن المصالح معتبرة في الأحكام، فالأحكام معلة بها، لأن النافي ينفي التعليل الباعث و الحامل للفاعل على أن يحكم بحكم معين، وهذه إحدى المسألتين .

أما وجوب تعليل أفعاله تعالى عند المعتزلة، ومنع ذلك عند الأشاعرة فحاصلها :

(١) سورة النساء: آية ١٧.

(٢) سورة الأنعام: آية ١٢.

(٣) انظر المصلحة ونجم الدين الطوفي ص ٢١، ٢٢ من ملحق الرسالة .

أنه أسند إلى الأشاعرة منع للتعليل ، فبعضهم فسره باستحالته ، وبعضهم أسند إليهم عدم وجوبه في مقابلة المعتزلة القائلين بالوجوب ، وعلى الأخير يلزم منه أنهم قالوا بجوازه ، وهذا ما عبروا عنه عندهم بالوجوب تفضلا وإحسانا ، وهو معنى قول الطوفى واجب منه . ومن نسب إليهم استحالة التعليل فهمه من أسند إليهم بلزوم الاستكمال بالغير ، لأنه يتفرع على الوجوب والجواز معا .

وصرح للماتريدية بأن أفعال الله تعالى كلها معللة بالمصالح لاعلى سبيل الوجوب ، وعمموا فقالوا : إنها معللة سواء ظهرت لنا المصالح أم خفيت علينا .

أما المعتزلة فقد أطلقوا بحكم مذهبهم في جانب الله لفظي الوجوب والغرض ، عملا بمبنيهم : وهو وجوب فعل الصلاح والأصلح على الله سبحانه ، والواقع : أن المعتزلة لا يريدون الوجوب - أى وجوب رعاية المصالح على الله تعالى - بمعنى القهر ، بل قالوا : إن من حكمة الله تعالى أن لا تخلو أحكامه عن الغرض ، وأرادوا بالغرض الغاية ، وهو متمحض لتكميل للغير ، فهو أمر يتبع الكمال ولا يتبعه الكمال ، وقالوا : إن الباعث له تعالى على الفعل هو محض الجود من الفاعل والرحمة منه ... وقلوا أيضا في للوجوب : بأنه وجوب التواب والجود ، وهذا المعنى الذى أرادوه يساوى ما قاله بعض الأشاعرة والماتريدية وهم الفقهاء : وجوب تفضل وإحسان ، ويدل على إرادة المعتزلة هذا المعنى ما صرحوا به في وجوب الأصلح حيث قالوا : إن قدرة الله لا تتعلق بغير الأصلح ، لأن

تركه بخل يستحيل علي الكريم البالغ نهاية الكرم^(١)، وقد عبر الكمال بن الهمام عنهم بقوله: " فقولهم: يجب الأصلح كقولنا: يجب ألا يتصف بنقص ويجب وقوع وعده " (٢).

ويظهر مما تقدم: أن الكل يقولون برعاية المصالح، وأن أحكام الله تعالى معللة بها، وأن من عبر بوجوب رعاية المصالح كمن عبر برعاية المصالح تفضلاً منه وإحساناً، إذ الجميع متفقون في المعنى، وهو تنزيه الله تعالى عن كل نقص، واتصافه بكل كمال، لأن إسلامهم يمنهم أن يصفوا الله بما لا يليق به. وما اشتهر عن المعتزلة إنما هو تحريف في النقل وخطأ في الفهم، ربما كان سببه اختلاط المسلمين بغيرهم ووقوع الدس في الكتب الإسلامية بقصد الهجوم عليهم عن طريق تحريف الآراء. قال ابن القيم: " وما قدروا الله حق قدره " (٣) من نفى حقيقة حكمته التي هي الغايات المحمودة المقصودة بفعله. وقال: إن في حكمة الله تعالى قدر ألف آية في كتابه. وقال: محال علي أحكم الحاكمين وأعلم العالمين أن تكون أفعاله عارية عن الحكم والمصالح والغايات الحميدة، والقرآن والسنة والعقول والفطر والآيات شاهدة ببطان ذلك (٤).

(١) انظر: تعليل الأحكام ص ٩٩ وما بعدها ومقاصد الشريعة لفهيلة الشيخ أنيس عبادة ص ٣١، ٣٢، (والنقل

بحرف).

(٢) انظر: تيسر التحرير ج ٣ ص ٣٠٥.

(٣) سورة الزمر: آية ٦٧.

(٤) انظر: مقاصد الشريعة لفهيلة الشيخ أنيس عبادة ص ٣٧.

المبحث السابع ابن حزم والتعليل:

إذا كان البعض قد حاول رفع الخلاف بين الجمهور القائلين بالتعليل وبين المتكلمين المنكرين له، فإنه لا يمكن القول بأن المسألة - في النهاية - أُمست لا خلاف فيها، وكيف نقول ذلك، وهناك جبهة قوية أنكرت التعليل من أساسه بل جعلوه دين إيليس، وهم الظاهرية الذين دافعوا عن التعبد المحض، وعلى رأسهم ابن حزم الظاهري. فذهب الظاهرية إلى أن أحكام الله تعالى لا تعلل بالمصالح إلا إذا نص الشارع على التعليل، فإذا كانت الأحكام لا تثبت إلا بناء عن وجود نص، فكذا التعليل بالمصالح لا يثبت إلا إذا نص عليه. وقد خصص ابن حزم باباً كاملاً من كتابه "الإحكام" لهم فكرة التعليل. قال في عنوانه "الباب التاسع والثلاثون في إبطال القول بالعلل في جميع أحكام الدين" وقد نسب هذا الإنكار إلى جميع الظاهرية قبله فقال: "وقال أبو سليمان^(١) وجميع أصحابه. رضى الله عنهم: لا يفعل الله شيئاً من الأحكام وغيرها لعل أصلاً بوجه من الوجه.... قال أبو محمد: وهذا هو ديننا الذي ندين الله تعالى به، وتدعوا عباد الله تعالى إليه، ونقطع على أنه الحق عند الله تعالى"^(٢).

(١) هو أبو سليمان البغدادي الأصفهاني، فلواد بن علي الظاهري، الإمام الأول لظاهرية.

(٢) انظر الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ١١١.

واستدل الظاهرية على منزههم - وهو منع التعليل بالمصالح - بما

يأتى:

أولاً: أن الله لا يسأل عما يفعل، والتعليل يوجد مسئولية على الله تعالى وهو منزه عن ذلك بقوله تعالى: " لا يسأل عما يفعل وهم يسألون" (١).

وفى ذلك يقول ابن حزم فى إحكامه: وقد قال الله تعالى واصفياً لنفسه: " لايسأل عما يفعل وهم يسألون " فأخبر تعالى بالفرق بيننا وبينه، وأن أفعاله لايجرى فيها لم؟ .. وإذا لم يحل لنا أن نسأله عن شئ من أحكامه تعالى وأفعاله " لم كان هذا " فقد بطلت الأسباب جملة، وسقطت العلل ألبة إلا ما نص الله تعالى عليه أنه فعل أمر كذا لأجل كذا، وهذا أيضاً مما لايسأل عنه، فلا يحل لأحد أن يقول : لم كان هذا للسبب لهذا الحكم ولم يكن لغيره ؟ ولا أن يقول: لم جعل هذا الشئ سبباً دون أن يكون غيره سبباً أيضاً، لأن من فعل هذا السؤال، فقد عصى الله عزوجل، وألحد فى الدين، وخالف قوله تعالى: (لايسأل عما يفعل) فمن سأل الله عما يفعل فهو فاسق...." (٢)

ويرد على ابن حزم: بأنه اعتبر البحث عن علة للنصوص فى الشريعة، كالبحث عن علة فعله تعالى، فكما لايجوز أن نسأل : لم فعل كذا ؟ فلا يجوز أن نسأل: لم نص على كذا؟ وهذا قياس مع الفارق، لأن البحث عن علل النصوص فى الشريعة ومقاصدها، إنما هو لمعرفة

(١) سورة الأنبياء: ٢٣.

(٢) انظر : الإحكام لابن حزم ج ٨ ص ١١٣٠ .

المراد منها والمطلوب فيها، وقصد الشارع من الحكم الذي اشتمل عليه النص، ولا يدرك ذلك إلا المجتهد، فهو الذي يستطيع أن يتحرى الدقة لمعرفة العلة في الحكم المنصوص عليه، ويعديه إلى غير المنصوص عليه، أورد الجزئي إلى قاعدته الكلية لينفذ إرادة الشارع في كل ما يتحقق فيه معنى النص وغايته على الوجه الأكمل، وذلك واجب في الدين لا ممنوع، لأن النصوص تنتهي والحوادث لا تنتهي، ولا يمكن أن ينص على كل جزئية تحدث، وإنما ينص على مبادئ عامة وأحكام كلية يندرج تحتها ما لا يحصى من الجزئيات فالعلة هي نقطة الاتصال بين المنصوص عليه وغير المنصوص في عملية القياس، فكيف لا نبحث عنها؟

إن فالببحث عن العلة إنما هو من أجل تطبيق شرع الله، ومن أجل الاعتبار الذي أمرنا به في قوله سبحانه: "فاعتبروا يا أولي الأبصار" ^(١) ومنه لنا رسول الله ﷺ عملاً باجتهاده، وقولاً بما ورد في حديث معاذ، فكيف يكون البحث عن العلة استطالة على مقام الألوهية، وهو في نفس الوقت توضيح لعظمة التشريع الإلهي والإعجاز الرباني. كما أن من يبحث عن علل النصوص لتحقيق أهدافها، ليجعل الله سبحانه وتعالى مسئولاً، إنما ليحقق مسئولية العباد بمقتضى النصوص في أوسع مدى وأبعد غاية، وفرق بين الأمرين عظيم جداً. أما السؤال عن فعله سبحانه وتعالى، فهو استطالة على مقام الربوبية، وليس لأحد سلطان بجوار سلطانه إنه مالك الملك ذو الجلال والإكرام، فليس لأحد أن

^(١) سورة الحشر: آية ٢.

يستطيع فيسأل عن علة أفعاله تعالى ، لأنه الحكيم العليم اللطيف الخبير^(١).

ثانياً: واستدل أيضاً بقوله تعالى حاكياً عن إيليس إذ عصى وأبى عن السجود: " أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين " ^(٢) فقد فضل إيليس نفسه على آدم معللاً ذلك بأنه خلق من نار وآدم من طين، والنار خير من الطين، ويتعليله هذا وقع في المعصية، فكان التعليل مخالفاً للدين، ولو كان مشروعاً لقبل تعليله.

ويرد على ابن حزم: بأن عدم قبول التعليل من إيليس ليس لأن التعليل في الأصل باطل كما ظن ابن حزم، ولكن لأن إيليس علل تعليله باطلاً ، حيث جعل أساس التفضيل هو العنصر الذي كان منه التكوين، ونسى أن التفضيل من الخلاق العليم ، وقد فضل آدم، فلا محل بعد ذلك للنظر إلى أصل التكوين ، لكنه رفض السجود وطعن في الحكم، وعسل بما يفيد أن الله تعالى ظالم إذ فضل عليه من هو دونه، ولهذا كان تعليله باطلاً ^(٣).

ثالثاً: واستدل أيضاً بأن الله عز وجل حكى عن قوم من أهل الاستخفاف أنهم قالوا إذا أمروا بالصدقة: " أنقطع من لو يشاء الله أطعمه " ^(٤)

^(١) انظر: ابن حزم لفظة الشيخ أبي زهرة ص ٣٩٤ وما بعدها، وتاريخ الذاهب الفقيه له أيضاً ص ٤٣٠، ٣٤١، والمصالح والمرسل وأثرها في الفقه الإسلامي للزميل الدكتور - رمضان هينى ص ٥٤ رسالة دكتوراه بكلية الشريعة القاهرة .

^(٢) سورة ص (٧٦)

^(٣) انظر الإحكام لابن حزم ج ٨ ص ١١٣٩ .

^(٤) انظر: للمصالح والمرسل وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٥٧ .

^(٥) سورة هود آية ٤٧ .

فهذا إنكار منه تعالى للتعليل، لأنهم قالوا: لو أراد الله تعالى إطعام هؤلاء لأطعمهم دون أن يكلفنا نحن إطعامهم وهذا نص لاختفاء به، على أنه لا يجوز تعليل شئ من أوامره، وإنما يلزم فيها الانقياد فقط، وقبولها على ظاهرها (١).

ويرد عليه بأن الاستتار ليس على أصل التعليل، فأصل التعليل ليس باطلا، وإنما الاستتار في أن المشركين عللوا تعليلًا باطلاً، حيث إنهم عللوا رفضهم التكليف بالإطعام بأن الله تعالى قادر على إطعامهم إذا شاء، فجعلوا قدرة الله تعالى على الإطعام علة للمنع وعدم العطاء، فكان تعليلهم باطلاً، لأنه يدل على عصيانهم لأوامره، وطعنهم في تكليفه لهم بما يستطيع هو أن يفعله. فسؤالهم كان إبطالا للتكليف وليس تعليلًا للتكليف (٢).

وبعد: هذه الوقفة مع أهم ما ذكره ابن حزم في إنكار التعليل والرد عليه، لا يسعنا إلا أن نقول: إن مذهب ابن حزم - والظاهرية على وجه العموم - ينطوي على مغالطة فاحشة، حيث إنه يحرم ويفسق كل تساؤل عن مقاصد الشارع وأسرار الشريعة، ويضرب بيد من حديد على كل باحث عن حكم الشريعة وعلل أحكامها. وهو بهذا يغلق الباب على ما يسميه الأصوليون "مسالك التعليل" باستثناء مسلك النص في ظاهره.

(١) انظر الإحكام لابن حزم ج ٨ ص ١١٣٩.

(٢) انظر: ابن حزم لفظة الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٠٧.

المبحث الثامن

تصحيح مانسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل

أ- ذكر الزنجاني في كتابه : " تخريج الفروع على الأصول " عن إمامه الشافعي رضي الله عنه وعن جماهير أهل السنة ، أنهم قالوا بعدم التعليل برعاية المصالح ، وأن الأحكام الشرعية أثبتّها الله سبحانه تحكما وتعبداً غير معللة.. " ثم قال : وما يتعلق بها من مصالح العباد ، فذلك حاصل ضمنا ، وتبعا لا أصلا ومقصودا ، إذ ليست المصلحة واجبة الحصول في حكمه .

ثم نسب إلى الحنفية أنهم قالوا بالتعليل فقال عنهم : "ذهب المنتمون إلى أبي حنيفة رضي الله عنه من علماء الأصول ، أن الأحكام الشرعية شرعها الله معللة بمصالح العباد لا غير" ^(١) . ويعد أن أسند الزنجاني - رحمه الله - عدم التعليل للإمام الشافعي ، والقول به للحنفية ، ذكر بعض الفروع التي علّلها ولم يعللها الشافعي قائلا : " وإذا تمهدت هذه القاعدة فنقول : الشافعي رضي الله عنه حيث رأى أن التعبد في الأحكام هو الأصل غلب احتمال التعبد ، وبنى مسائله في الفروع عليه . وأبو حنيفة رضي الله عنه حيث رأى أن التعليل هو الأصل بنى مسائله في الفروع عليه ، فتفرع عن الأصوليين المذكورين مسائل " أذكر بعضها :
منها : أن الماء يتعين لإزالة النجاسة عند الشافعي رضي الله عنه ، ولا يلحق غيره به تغليبا للتعبد .

^(١) انظر : تخريج الفروع الأصول للزنجاني ص ٤ وما بعدها بتحقيق الدكتور فؤاد صاخر .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يلحق به كل مانع ظاهر مزيل للعين والأثر تغليباً للتعليل:

ومنها: أن جلد الكلب لا يطهر بالدباغ عند الشافعي رضي الله عنه تغليباً للتعبد بترجيح الاجتناب على الاقتراب. وعندهم: يطهر تشوفاً إلى التعليل.

ومنها: أن زكاة مالا يؤكل لحمه لا يفيد طهارة الجلد عندنا مراعاة للتعب، كما في زكاة المجوس وبخاصة اللحم من هذا الذبيح، وعندهم: يطهر تشوفاً إلى تعليل الطهارة بسفح الدم والرطوبات المتعففة^(١).

وهناك مسائل أخرى ذكرها الزنجاني تفريعاً على الأصوليين السابقين.

غير أنني أقول: إن الزنجاني نسب إلى الإمام الشافعي وجماهير أهل السنة القول بعدم التعليل دون أن يقدم أى دليل على ذلك، نعم أورد بعض الفروع، غير أنها لا تدل في شيء على إنكار التعليل جملة، بل إن الزنجاني قنم لنا - وفي نفس الكتاب - ما ينقض دعواه هذه، فقد نسب للإمام الشافعي تعليل شرعية الزكاة تعليلاً مصلحياً، وأن معنى العبادة فيها تبع فقال: "معنقد الشافعي رضي الله عنه أن الزكاة منونة مالية وجبت للفقراء على الأغنياء، بقرابة الإسلام، على سبيل المواساة. ومعنى العبادة تبع فيها، وإنما أثبتته الشرع نزغياً في أذانها، حيث كانت

(١) انظر التفرع الشافعي ص ٦٧.

النفوس مجبولة على الضنة والبخل، فأمر بالتقرب إلى الله تعالى بها،
ليطمع في الثواب، ويبادر إلى تحقيق المقصود^(١).
هذا عن الإمام الشافعي، وأما عن جماهير أهل السنة، فالأمر
أوضح في الادعاء المحض، وما تقدم فيه الكفاية للرد عليه.

ب- موقف الإمام الرازي:

ذكر الشاطبي رحمه الله أن الإمام الرازي أنكر التعليل إنكاراً باتاً،
وتابعه في هذه المقولة كثير ممن جاءوا بعده، نقال في مقدمة كتاب
المقاصد: " وزعم الرازي أن أحكام الله ليست معللة بعلّة أثبتة كما أن
أفعاله كذلك " ثم قال: " والمعتمد إنما هو أننا استقرأنا من الشريعة أنها
وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازي ولا غيره " (٢).
فالشاطبي لم يسم من المنكرين للتعليل أحداً غير الرازي، ثم جعل إنكاره
للتعليل باتاً وشاملاً لأفعال الله وأحكامه، ولم يتعرض لموقف ابن جزم
الذي كان يستحق أن نقال عنه العبارة التي قالها عن الرازي، مع أن ابن
جزم قد خصص باباً كاملاً لهم فكرة التعليل كما ذكرت سابقاً.
وموقف الرازي من التعليل، ينبغي أن يؤخذ من خلال كتاباته
الأصولية وفي دائرة مذهبه الأصولي.

فالرازي من أهل القياس، ولا قياس بدون تعليل، بل مدار القياس
على التعليل في كل شيء. وأبرز ما يتجلى فيه موقف الرازي الواضح من
التعليل، هو كلامه على "ممالك العلّة وبالذات على "ممالك المناسبة"

(١) انظر المرجع السابق ص ٤٢.

(٢) انظر: الموافقات ج ٢ ص ٦.

وذلك في كتابه وموسوعته الأصولية " المحصول " حيث يقول: "المناسبة تفيد ظن العلية والظن واجب العمل به".

بيان الأول من وجهين :

الأول: أن الله تعالى شرع الأحكام لمصلحة العباد، وهذه مصلحة، فيحصل ظن أن الله تعالى إنما شرعه لهذه المصلحة.

فهذه مقدمات ثلاث لابد من إثباتها بالدليل:

أما المقدمة الأولى " فالدليل عليها من وجود:

لأولها: أن الله تعالى خصص الواقعة المعينة بالحكم المعين لمرجح، أ ولا مرجح.

للقسم الثاني باطل، وإلا لزم ترجيح أحد الطرفين على الآخر لا لمرجح، وهذا محال، فثبت القسم الأول.

وذلك المرجح إما أن يكون عائدا إلى الله تعالى أو إلى العبد..

والأول باطل بإجماع المسلمين، فتعين للثاني. والعائد إلي العبد إما أن يكون مصلحة العبد أو مفسدته، أو مالا يكون لا مصلحته ولا مفسدته.

والقسم الثاني والثالث باطلان باتفاق العقلاء، فتعين الأول، فثبت

أنه تعالى إنما شرع الأحكام لمصالح العباد.

وثانيها: أنه تعالى حكيم بإجماع العلماء، والحكيم لا يفعل إلا لمصلحة،

فإن من يفعل لا لمصلحة يكون عابثا، والعبث على الله تعالى

محال ، للنص والإجماع والمعقول... فثبت أنه تعالى شرع

الأحكام لمصالح العباد....

وثالثها: أن الله تعالى خلق الأئمة مكرما لقوله تعالى: ولقد كرمنا بني آدم ^(١) ومن أحدا ثم سعى في تحصيل مطلوبة، كان ذلك السعى ملائما لأفعال العقلاء، مستحسنا فيما بينهم- فإذن: ظن كون المكلف مكرما- يقتضى ظن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

ورابعها: أن الله تعالى خلق الأئمة للعبادة لقوله تعالى: "وما خلقت الجن والإانس إلا ليعبدون" ^(٢) والحكيم إذا أمر عبده بشئ- فلا بد وأن يزيح عذره وعلته، ويسعى في تحصيل منافعه . ودفع المضار عنه، ليصير فارغ البال ، فيتمكن من الاشتغال بأداء ، ما أمره به، والاجتناب عما نهاه عنه، فكونه مكلفا يقتضى ظن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

وخامسها: النصوص الدالة على أن مصالح الخلق ودفع المضار عنهم مطلوب الشرع. قال تعالى: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين" ^(٣)، وقال: "خلق لكم مافي الأرض جميعا،" ^(٤) وقال: "وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه" ^(٥)، وقال: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" ^(٦).

^(١) سورة الإسراء: آية ٧٠.

^(٢) سورة الفاربات: آية ٥٦.

^(٣) سورة الأنبياء: آية ١٠٧.

^(٤) سورة الطه: آية ٢٩.

^(٥) سورة البقرة: آية ١٣.

^(٦) سورة الحج: آية ٧٨.

وقال رحمه الله: "بعثت بالحنيفية السهلة السمحة" ^(١) وقال: "لا ضرر ولا ضرار" ^(٢)

وسلمها: أنه وصف نفسه بكونه رؤوفاً رحيماً، وقال: "ورحمتي وسعت كل شيء" فلو شرع ما لا يكون للعبد فيه مصلحة، لم يكن ذلك رافة ورحمة .

ثم عقب على الوجوه الممتة بقوله : لا فهذه الوجوه الستة دالة على أنه تعالى ما شرع الأحكام إلا لمصلحة العباد " ^(٣)

ثم واصل الرازي بعد ذلك دفاعه عن التعليل ، وفند كل ما يمكن الاعتراض به في المسألة وانتهى إلى القول: "انعقد الإجماع على أن الشرائع مصالح إما وجوباً كما هو قول المعتزلة أو تفضلاً كما هو قولنا" ^(٤).

هذا هو موقف الرازي من التعليل بالمصلحة ، موقف مؤيد بقوة ووضوح ، فهل يعقل أن ينسب إليه بعد ذلك أنه منكر للتعليل ويصنف مع الظاهرية .

وأما ما نقل عنه من أنه أنكر التعليل بالمصلحة والمفسدة، أو قال بذلك كما صرح في المعالم ^(٥) - فلعله قال ذلك لعدم انضباطها، لا بكون

^(١) الحديث أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، كما أخرجه الخطيب في تاريخه عن جابر رضي الله عنه انظر : الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ ٢ ص ٧ .

^(٢) سبق شرحه .

^(٣) انظر : المحصول للرازي جـ ٢ ق ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها .

^(٤) انظر : المرجع السابق جـ ٢ ق ٢ ص ٢٩١ .

^(٥) انظر : نهاية السؤل جـ ٣ ص ٥٨ .

أحكام الله غير معلة في حقيقتها بجلب المصالح ودرء المفاسد، فكلامه المتقدم قاطع في أنه يعتبر المصلحة أو المفسدة هي العلة الحقيقية الأصلية للحكم.

ومما يؤكد أن هذا هو مذهب الرازي، ما أورده ابن القيم - رحمه الله - وهو بصدد الرد على منكرى التعليل والقياس بعد أن عرض أدلتهم " وقد اختلفت أجوبة الأصوليين... بحسب أفهامهم ومعرفتهم بأسرار الشريعة ، فأجاب ابن الخطيب ^(١) - يقصد الإمام الرازي - بأن قال: غالب أحكام الشريعة معلة برعاية المصالح المعلومة والخصم إنما يبين خلاف ذلك في صورة قليلة جدا ، وورود الصورة النادرة على خلاف الغالب لا يقدح في حصول الظن ، كما أن الغيم الرطب إذا لم يمطر نادرا لا يقدح في نزول المطر منه " ^(٢).

وأخيرا وبعد العرض السابق لمسألة التعليل، أستطيع أن أقرر باطمئنان، أنه ليس هناك حكم شرعي إلا ويجوز التساؤل عن حكمته، كما يجوز البحث عنه - بعد ذلك - بكل ماهية الله لنا من وسائل البحث والعلم ، فإذا وصلنا إلى شئ مما تشهد له الأدلة المعتمدة قلنا به، وإن لم نصل، سلمنا بحكمة الله أيا كانت، والبحث مستمر، والعلم لاحد له، وقد أمرنا الله بالتدبر والتفكير، وأمرنا بالنظر والتفكير، سواء في دينه وشرعته، أو في خلقه وملكوته، فقد قال سبحانه: " أفلا يتدبرون القرآن " ^(٣) مثلما

^(١) هو الإمام الرازي وهو معروف بهذا الاسم نسبة إلى أبيه الذي كان خطيب مدينة الري الفارسية . انظر المنهج المبين

ج ٢ ص ٤٨ والأعلام ج ٧ ص ٢٠٣ .

^(٢) انظر : إعلام الموقعين ج ٢ ص ٧٥ .

^(٣) سورة النساء : آية ٨٢ .

قال: "أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت وإلى السماء كيف رفعت وإلى الجبال كيف نصبت وإلى الأرض كيف سطحت" (١).

فلا بد من التساؤل والبحث ما أمكن عن المصالح الدينية والدنيوية التي تنطوي عليها الأحكام الشرعية، لفهمها ونطبقها في ضوء مصالحها ومقاصدها ولننتهي بمعرفة تلك المصالح والمقاصد فيما لم ينص عليه. يقول العلامة ابن عاشور: "وجملة القول: أن لنا اليقين بأن أحكام الشريعة كلها مشتملة على مقاصد، وهي حكم ومصالح ومنافع. ولذلك كان الواجب على علمائنا تعرف علل التشريع ومقاصده ظاهرها وخفيها" (٢).

وكما أن من لا يؤمن بقوانين الكون وإطرادها واستقرارها وكمالها وبقوتها، لا يمكن أن يتقدم في أي علم من العلوم المادية، فكذلك من لا يؤمن بحكمة التشريع الشاملة، وبقوانينه للمطردة، وبقواعده المضبوطة، لا يمكن أن يتقدم في علوم الشريعة أبداً (٣).

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

(١) سورة الفاتحة: من ١٧ - ٢٠.

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٤٨.

(٣) نظرية المقاصد ص ٢٠٦، ٢٠٧.

فهرست الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٨٠٤	خطة البحث العامة
٨٠٥	المبحث الأول : تعريف التعليل لغة واصطلاحاً
٨٠٧	المبحث الثاني : منهج القرآن في التعليل
٨١٠	المبحث الثالث : منهج السنة في التعليل
٨١٦	المبحث الرابع : منهج الصحابة في التعليل
٨٢٧	المبحث الخامس : منهج التابعين وتابعيهم في التعليل
٨٣٢	المبحث السادس : التعليل في عصر تأليف الأصول
٨٤٣	المبحث السابع : ابن حزم والتعليل
٨٤٨	المبحث الثامن : تصحيح ما نسب إلى بعض العلماء وأنهم أنكروا والتعليل
٨٥٦	فهرس الموضوعات

مكتبة المخطوطات كبرى مكتبات العالم - القاهرة - مصر

العدد الثاني عشر - الجزء الأول

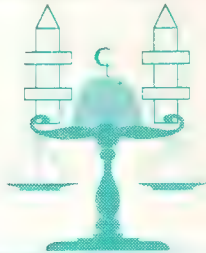
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العدد

الحادي عشر

"الجزء الأول"

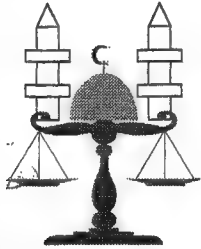




جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العدد

الحادي عشر

"الجزء الأول"



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ

وقال رسول الله - ﷺ - :

"من يره الله به خيراً يفقهه في الدين"

متفق عليه .



رئيس التحرير

أ.د/ عبد القادر محمد أبو العلا عميد الكلية [رئيساً]

لجنة التحرير

أ.د/ محمد هاشم محمود عمر	عضواً
أ.د/ محمد زين العابدين قنار	عضواً
د./ نائل عبد الجيد محمد	عضواً
د./ أحمد عبد العظيم عبد اللطيف	عضواً
السيد/ محمد طارق على	سكرتيراً

هيئة تحكيم المجلة

للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالي:

أولاً: الفقه

- | | |
|----------------------------|------------------------------|
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ١- أ.د/ محمد أحمد الدمي |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٢- أ.د/ نصر فريد محمد واصل |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٣- أ.د/ محمود علي محمد |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٤- أ.د/ عبد العزيز محمد عزام |

ثانياً: أصول الفقه

- | | |
|----------------------------|------------------------------------|
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ١- أ.د/ عيسى عليوه زهران |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٢- أ.د/ صبري محمد عبد الله معارك |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٣- أ.د/ رمضان عبد الوود عبد التواب |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٤- أ.د/ محمد عبد اللطيف جمال الدين |

ثالثاً: الفقه المقارن

- | | |
|-----------------------------|-----------------------------------|
| رئيس اللجنة العلمية الدائمة | ١- أ.د/ محمد رافت عثمان |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٢- أ.د/ علي أحمد مرعي |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٣- أ.د/ محمود العكازي |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٤- أ.د/ المرسي عبد العزيز السماحي |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٥- أ.د/ رشاد حسن خليل |

تابع هيئة تحكيم المجلة

رابعاً: القانون الخاص

- | | |
|-----------------------------|------------------------------|
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ١- أ.د/ عبد الرزاق حسن فرج |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٢- أ.د/ ثروت علي عبد الرحيم |
| رئيس اللجنة العلمية الدائمة | ٣- أ.د/ جمال الدين طه المائل |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٤- أ.د/ عبد الحكم أحمد شرف |

خامساً: القانون العام

- | | |
|--|------------------------------|
| عميد كلية التجارة بنات وأستاذ الاقتصاد | ١- أ.د/ حاتم القرنشاوى |
| رئيس اللجنة العلمية الدائمة | ٢- أ.د/ جعفر محمد عبد السلام |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٣- أ.د/ سامح السيد جاد |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٤- أ.د/ اسماعيل البدوى |
| عضو اللجنة العلمية الدائمة | ٥- أ.د/ فؤاد محمد النادى |

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام
على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبي المصطفى
الكريم، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الذين
ورثوا وورثوا، وأدوا الأمانة فكانوا خير خلف لخير
سلف، فرضى الله عنهم أجمعين ونفعنا بعلومهم
آمين.

أما بعد

فيسعدني أن أقدم لك أيها القارئ الكريم العدد
الحادى عشر من مجلة كلية الشريعة والقانون -
جامعة الأزهر - بأسيوط، وهو يحمل بين دفتيه
بحوثا علمية قيمة؛ أعدها نخبة جادة مجدة من أعضاء
هيئة التدريس فى الكلية وكليتى الشريعة والقانون
بالقاهرة وطنطا.

وحرصا من الكلية على سلامة هذه البحوث
وإخراجها مهذبة فى ثوب يليق بأصحابها وبالكلية
التي ينتمون إليها فقد تم عرضها على لجان تحكيم
شكلت من أكبر علماء مصر والفضلهم فى

تخصصاتهم بحيث لا ينشر بحث في هذه المجلة إلا بعد فحصه وإجازته من فاحصين متخصصين من اللجنة العلمية، ومراجعته وإجازته من هيئة تحرير المجلة.

وإني أشكر الله تعالى على عونه وتوفيقه وفضله وإحسانه راجيا منه جلّت قدرته وتعالّت عظّمته أن يجعل ما حواه هذا العدد مفيدا لكل قارئ نافعاً لكل باحث فتقير به عيون كل من شارك في إعدادة مادياً ومعنوياً، وتسّر به أرواحهم يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

كما أشكر كل من ساهم في إخراج هذا العدد سواء أكان باحثاً أم منفذاً أم مساعداً لإنجاز هذا العمل المتواضع، راجياً المولى عز وجل، أن يكون العدد القادم زاخراً ببحوث أكثر وموضوعات أهم في مختلف التخصصات الشرعية والقانونية.

وإني أهيب بالقارئ الكريم أن لا يحرم هيئة تحرير المجلة من توجيهاته السديدة وآرائه الرشيدة وملحوظاته القيمة من أجل الوصول إلى الأفضل والأحسن.

والله أسأل أن يعيننا على خدمة العلم وأهله، وأن يوفقنا إلى الصواب وأن يجنبنا الزلل، إنه لا رب غيره ولا مرجو سواه إنه نعم المولى ونعم النصير.

رئيس التحرير

محتويات الجزء الأول

رقم البحث	عنوان البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١	الحيوان بين الحل والحرمة دراسة فقهية مقارنة	د/ أحمد عبد الحى محمد	١
٢.	الإغماء وأثره على الأحكام الشرعية	د/ محمد عبد السميع فرج الله	٢٨٧
٣	الأمر عند الأصوليين	د/ منتصر محمد عبد الشافى	٣٣٩



كلية الشريعة والقانون بأسبوط

الحيوان بين الحل والحرم دراسة فقهية مقارنة

دراسة وتطبيق

إهداء
إلى

د. / أحمد عبد الحى محمد

١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله بارى البريات، وغافر الخطيئات، وعالم الخفيات المطلع على الضمائر والنيات، أحاط بكل شئ علماً ووسع كل شئ رحمة وحلماً، كل شئ عنده بمقدار، أتقن ما صنع وأحكمه، وأحصى كل شئ وعلمه وخلق الإنسان وعلمه، ورفع قدر العلم وعظمه، وخص به من خلقه من كرمه، حض عباده المؤمنين على التفقه في الدين فقال وهو أصدق القائلين ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾ (١).

ندبهم إلى إنذار بريته كما ندب إلى ذلك أهل رسالته ومنحهم ميراث أهل نبوته، ورضيهم للقيام بحجته.

والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وسيد الأصفياء وإمام العلماء محمد نبي الرحمة الداعي إلى سبيل ربه بالحكمة، خير نبي بعثه إلى خير أمة، أرسله الله بشيراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً- صلى الله عليه وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد

فإن المسلم مطالب بأن يتحرى الحلال في كل ما يعرض له من شئون الحياة من مطعم ومشرب وملبس، كما أنه مطالب

(١) الآية: ١٢٢ من سورة التوبة .

بأن يتجنب الحرام في كل شئونه أيضاً حتى يسلم في دنياه وأخراه، قال رسول الله ﷺ " إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين فقال : ﴿ يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحاً ﴾ (١).

وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم ﴾ (٢). ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء ومطعمه حرام وملبسه حرام وغذى بالحرام فأنى يستجاب لذلك (٣). والطيب من الطعام هو ما كان حلالاً، وليس كل أحد قادراً على التمييز بين ما هو طيب وما هو خبيث. فقد قال النبي ﷺ : " إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا وإن لكل ملك حمى ألا وإن حمى الله محارمه (٤)، والمطعوم نوعان حيوان وغير حيوان.

ولما كان المطعوم من الحيوان مما يخفى على كثير من الناس حاله وحرامه فضلاً عن المشتبه منه، ولما كان معرفة

(١) بعض آية : ٥٢ من سورة المؤمنين.

(٢) بعض آية ١٧٢ من سورة البقرة.

(٣) صحيح مسلم، سنن الترمذى ٤/٤٦٤، ٤٦٥، قال حسن غريب، الترغيب والترهيب ١/٢٦٣، ط وزارة الأوقاف.

(٤) صحيح البخارى ١/١٨٠، جامع العلوم والحكم لابن رجب تحقيق أحمد أبو النور، سنن الترمذى ٣/٣ وقال حسن غريب، الترغيب والترهيب ١٥/٣

هذه الأحكام عن طريق الرجوع الى أمهات الكتب فى المذاهب المختلفة من الأمور العسيرة والشاقة على الغالبية العظمى من الناس فقد استخرت الله سبحانه فى جمع مسائل الحيوان ما يحصل منه وما يحرم فى هذا البحث المتواضع حتى تكون سهلة ميسورة لمن أراد معرفة هذه الأحكام حتى يتجنب الحرام الخبيث ويتحرى الحلال الطيب.

وقد حاولت جاهداً أن استقصى آراء الفقهاء فى هذه المسائل مع ذكر أدلتهم وأوجه الدلالة منها ثم أناقش ما يمكن مناقشه من هذه الاستدلالات ثم أرجح ما قوى دليله من الآراء مع الأخذ فى الاعتبار تغير الأعراف واختلاف الطباع فيما لم يرد فيه نص قاطع بالحل أو الحرمة وحتى يكون البحث موفياً للمطلوب تحدثت فى المبحث الأخير منه عن الضرورة وأثرها بينت فيه حد الضرورة والمقدار الذى تباح لأجله الضرورة إلى غير ذلك من الأحكام.

أما عن أقسام البحث:

فقد قسمته إلى عدة مباحث راعيت فى كل مبحث أن يكون جامعاً لعدد من الحيوانات تجمعهم صفات مشتركة أو خصائص متشابهة بقدر الإمكان، فإن شذ عن ذلك بعض المباحث فالعذر فى هذا راجع إلى أن الحيوان أنواع كثيرة- قد تختلف صفات النوع الواحد منها اختلافاً كبيراً لذا ألحقت بعض

الحيوانات في بعض المباحث بأنواع قد تكون مختلفة عنها من أجل الاختصار وعدم التطويل في تقسيمات البحث.

وقد جاءت هذه المباحث على النحو التالي :

١- تمهيد في تعريف الحيوان - وبيان الأصل في الأشياء.

٢- المبحث الأول : في حيوان الماء.

٣- المبحث الثاني : في الخيل والبغال والحمير.

٤- المبحث الثالث : بهيمة الأنعام وما يلحق بها.

٥- المبحث الرابع : في ذى الناب من السباع.

٦- المبحث الخامس : في الطير.

٧- المبحث السادس : في الحشرات وهوام الأرض.

٨- المبحث السابع : في الذكاة .

٩- المبحث الثامن : في الميتة والدم والخنزير.

١٠- المبحث التاسع : الضرورة وأثرها في حل الحرام.

١١- الخاتمة .

وتتضمن أهم نتائج البحث:

وأخيراً فهذا جهد المقل فإن كنت قد وفقت فذلك الفضل من الله وإن كنت قد قصرت فحسبى أتنى اجتهدت (ومن اجتهد فأخطأ فله أجر ومن اجتهد فأصاب فله أجران) .

والله أسأل أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتنا وأن يضع به كل مسلم يتحرى الحلال الطيب في مطعمه ويجتنب الحرام الخبيث وهو حسبي ونعم الوكيل.

د. / أحمد عبد الحي

تمهيد

التعريف بالحيوان وبيان أن الأصل

فى الأشياء هو الإباحة

أولاً: التعريف بالحيوان :

الحيوان جنس الحى وهو كل ذى روح، ناطقاً كان أو غير ناطق وهو مأخوذ من الحياة يستوى فيه الواحد والجمع لأنه مصدر، وضده الموتان كأن الألف والنون زيدا للمبالغة كما فى النزوان والغليان^(١).

قال أبو غبيدة : الحيوان والحى بكسر الحاء والحياة واحد واستشهد بقول الشاعر:

وقد ترى إذ الحياة حى

وقال غيره إن الحى جمع على فعول مثل عصى وهو يقع على كل شئ حى^(٢).

وقياس الحيوان حيوان فقلبت الياء الثانية واواً لاجتماع المثلثين كما قالوا حيوة فى اسم رجل وبه سمي ما فيه حياة حيواناً.

(١) المصباح المنير ٢٢٠/١، القاموس المحيط ٣١٥/٤، ٣١٦، للنظم المستعذب شرح غريب للمهذب ٢٤٦/١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥٢٥٢/٧ وما يليها ، حياة الحيوان للدميرى ٤٩٤/٣.

وفى بناء الحيوان زيادة معنى ليس فى بناء الحياة وهو ما
فى بناء فعلا من الحركات ومعنى الاضطراب والحياة حركة
كما أن الموت سكون فمجيئه على ذلك مبالغة فى معنى الحياة^(١).
وقد ورد لفظ الحيوان فى القرآن الكريم فى قوله تعالى
: ﴿وإن الدار الآخرة لهى الحيوان﴾^(٢).

قيل المراد إنه ليس فيها إلا حياة دائمة مستمرة خالدة لا
موت فيها فكأنها فى ذاتها حياة فيكون التعبير هنا بالحيوان مبالغة
فى الحياة .

وقيل المراد الحياة التى لا يعقبها الموت^(٣).

أقسام الحيوان :

يقول الجاحظ^(٤) الحيوان على أربعة أقسام شئ يمشى
وشئ يطير، وشئ يقوم، وشئ ينساخ فى الأرض. إلا أن كل
شئ يطير يمشى وليس كل شئ يمشى يطير.
فأما النوع الذى يمشى فهو على ثلاثة أقسام ناس^(٥)،
وبهائم وسباع.

(١) المصدرين السابقين ، التفسير الكبير للرازى ٤٣٠/١٢ .

(٢) بعض الآية : ٦٤ من سورة العنكبوت .

(٣) المصباح المنير ٢٢٠/١ ، حياة الحيوان للدميرى ٤٩٤/٣ .

(٤) حياة الحيوان ٤٩٤/٣ ، الحيوان للجاحظ .

(٥) أدخل الجاحظ الإنسان فى تقسيمات الحيوان لأنه كما يقولون حيوان ناطق - لكنه
غير داخل معنا. فى هذا البحث لأنه ليس محلا لأن يكون طعاما لأحد حيا وميتا
ولأن الله يقول : ﴿ولقد كرمنا بنى آدم﴾ ومن تكريمه كونه معصوما .

والطير كله سبع وبهيمة وهمج، والخشاش ما لطف جرمه
وصغر جسمه .

والهمج ليس من الطيور ولكنه يطير وهو فيما يطير
كالحشرات فيما يمشى.

والسبع من الطير ما أكل اللحم خالصاً - والبهيمة ما أكل
الحب خالصاً.

والمشترك كالعصفور فإنه ليس بذى مخلب ولا منسر
وهو يلتقط الحب، ومع ذلك يصيد النمل والجراد ويأكل اللحم ولا
يزق فراخه فهو مشترك الطبيعة.

وليس كل ما طار بجناحه من الطير فقد يطير الجعلان
والذباب والزناجير والجراد والنحل والفراش والنمل وغير ذلك
ولا تسمى طيوراً.

ثم أن من هذه الحيوانات ما هو أهلى وهو ما ألف البيوت
والناس يقال أهل المكان أهولاً عمر بأهله ومنه أهلت بالشئ
أنست به.

ومنها ما هو وحشى وهو ما لم يألّف الناس والمنازل
وعاش حراً طليقاً.

كما أن من الحيوان ما هو برى وهو ما كان أصل معاشه
البر - خارج الماء -.

ومنه ما هو بحرى أى أصل معاشه الماء بحيث إذا خرج
من الماء لم تستمر حياته^(١).

من هذه التقسيمات للحيوان يتضح لنا أن أنواع

(١) راجع المعجم الوسيط ١/٣٢، للمصباح المنير ١/٣٩، مختار الصحاح ص ٣١.

الحيوان كثيرة فمنه البرى والبحرى ومن البرى الإنسانى
والوحشى والسبع والبهيمة .

ثانياً: الأصل فى الأشياء:

اختلف العلماء فى حكم الأشياء التى لم يرد فيها نص من
الشارع بالتعطيل أو التحريم هل يكون الأصل فيها هو الحل أو
يكون الأصل فيها هو الحرمة؟

تحدث آراء العلماء فى هذا وتباينت تبايناً كبيراً حتى
نسب إلى المذهب الواحد القول بالحل والحرمة والتوقف. وفى
هذه السطور نورد خلافاً العلماء وأدلتهم باختصار غير مخل
فنقول والله المستعان.

عند تتبع الآراء فى هذا المسألة نجد أن للعلماء فيها أربعة
أقوال:

القول الأول: ونسبه السيوطى فى الأشباه إلى الشافعية^(١)
والزيدية^(٢).

إن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على
التحريم ، كما نسبته صاحب رد المحتار إلى جمهور الحنفية^(٣)
وهو قول ابن تيمية من الحنابلة^(٤).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ٦٠.

(٢) البحر الزخار ١/١٩٧، ج ٥ ص ٣٢٨.

(٣) ذكر ابن عابدين فى حاشية رد المحتار ١/٧١، أقول وصرح فى التحرير بأن
لمختار أن الأصل الإباحة عند الجمهور من الحنفية والشافعية إلى أن قال: وفى
شرح التحرير وهو قول معتزلة البصرة وكثير من الشافعية وأكثر الحنفية لا سبباً
لغير تعيين.

(٤) قال ابن تيمية فى مجموع الفتاوى ج ٢١ ص ٥٣٥٨، الأصل فى جميع لأعيان
موجودة أن تكون حلالاً مطلقاً للأئمة.

الأدلة : وقد استند القائلون بالإباحة بعدة أدلة نذكر منها:

أولاً: أدلتهم من القرآن :

استدلوا من القرآن بما يلي :

١- قوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما فى الأرض جميعاً ﴾^(١).

فقد وردت الآية فى معرض الإمتنان والله لا يمتن بما هو محرم فكانت الآية دالة على أن كل شئ من المخلوقات حلال ما لم يقم الدليل على الحظر.

وبيان ذلك:

أن الله عز وجل أخبر أنه خلق ما فى الأرض للناس وقد أضافه إليهم باللام وهى تقتضى الاختصاص بجهة الانتفاع أما دليل كونها نقيض الانتفاع فقوله تعالى:

﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾^(٢).

وقولهم المال لزيد. إذا ثبت هذا كانت الآية دالة على أن الانتفاع بجميع الأشياء التى لم يقم دليل على المنع منها بخصوصها مأذون فيه ومباح^(٣).

٢- قوله تعالى : ﴿ وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً منه ﴾^(٤).

(١) بعض الآية: ٢٩ من سورة البقرة .

(٢) بعض الآية : ٢٨٦ من سورة البقرة .

(٣) المحصول فى علم الأصول للإمام الرازى ٥٤١/٢، ٥٤٢، شرح الأسنوى على

المنهاج ١٨٢/٣، تقرطبى ٢٩٥/١

(٤) بعض الآية: ١٣ من سورة الجاثية .

فتسخير ما في السموات وما في الأرض للناس لا يكون محققاً للفائدة إلا إذا كان ما في السموات وما في الأرض وما يخرج منها مباحاً؛ لأنه لو كان محظوراً لما صح الامتنان بخلقه أو بتسخيره.

٣- قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾^(١) أنكر الله على من حرم زينة الله فوجب ألا تثبت حرمت الزينة وإذا لم تثبت حرمة زينة الله امتنع ثبوت الحرمة في كل فرد من أفراد زينة الله لأن المطلق جزء من المقيد فلو تثبتت الحرمة في فرد من أفراد زينة الله لثبتت الحرمة في زينة الله وذلك خلاف الأصل. وإذا لم تثبت الحرمة بالكلية ثبتت الإباحة وهو المدعى^(٢).

٤- قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٣).

ويستدل بالآية من وجهين :

الأول: أن الله قد عاب عليهم ترك الأكل مما ذكر اسم الله عليه ولو لم تكن الأشياء مباحة على الإطلاق ما عاب عليهم ترك الأكل ولا نهمهم عليه فدل هذا النهم والتوبيخ على أن الأصل هو الإباحة؛ لأنه لو كان الأصل هو التحريم لكانوا مصيبين في تركهم للأكل فلا يلحقهم لوم.

(١) بعض الآية : ٣٢ من سورة الأعراف .

(٢) المحصول في علم أصول الفقه للرازي ٥٤٤/٢ .

(٣) بعض الآية : ١٩٩ من سورة الأنعام .

الثاني : أن الله قد بين أنه فصل لنا ما حرم علينا بمعنى بين لنا المحرمات. دل ذلك على أن ما بين تحريمه حرام وما لم يبين تحريمه ليس بحرام بل هو حلال لأنه ليس إلا حرام أو حلال^(١).

ثانياً: من السنة :

استدل القائلون بأن الأصل الإباحة من السنة بما يلي:
أ- روى عن سعد بن أبي وقاص قال : قال رسول الله ﷺ " إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته"^(٢).
فقد دل الحديث على أن الأشياء لا تحرم إلا بتحريم خاص كما دل على أن التحريم قد يكون لأجل المسألة وبدون ذلك ليست محرمة فدل على أن ما لم ينص على تحريمه فهو مباح^(٣).

ب- روى عن سلمان الفارسي قال سئل رسول الله ﷺ عن السمن والجبن والفراء، فقال الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا لكم^(٤).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٣٦/٢١.

(٢) منقلى الأخبار مع نيل الأوطار ١٠٦/٨.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٣٧/٢١.

(٤) منقلى الأخبار ١٠٦/٨، الأشياء والنظائر للسيوطي ٦٠، ابن ماجه ١١٧/٢ ط دار الحديث قال ابو عيسى حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه سنن

فقد دل الحديث على أن التحليل والتحريم فيما ورد فيه نص لا يكون إلا بدليل خاص، وإن ما لم يرد فيه نص فهو مما عفى الله عنه فكان الأصل في المسكوت عنه هو الإباحة.

ثالثاً : من المعقول :

استدل القائلون بأن الأصل في الأشياء الإباحة من المعقول بما يلي :

أ- أن الانتفاع بما لم يرد فيه نص انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعاً لأن المالك لهذا الأشياء هو الله ﷻ والضرر عليه محال. كما لا ضرر في الانتفاع بها على المنتفع ظاهراً فوجب أن لا يتمتع كالاستفادة بضوء سراج الغير والاستغلال بظل جداره^(١).

ب- إن هذه الأشياء إما أن يكون لها حكم أو لا يكون والأول صواب والثاني باطل، وإن كان لها حكم فإما أن يكون الوجوب والاستحباب أو الكراهة أو الحرمة وذلك باطل لعدم الدليل فلم يبق إلا الإباحة وهو المدعى^(٢).

القرمذى ٢٨٠/٣، ٢٨١، المستدرك للحاكم والتلخيص للذهبي مع المستدرك ١١٥/٤، وقال ضعيف.

(١) للحصول للرازي ٥٤٥/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٠/٢١.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٠/٢١، ٥٤١.

القول الثاني :

ويذهب أصحابه إلى أن الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم^(١).

وهذا الرأي قريب من الأول ويستدل له بنفس الأدلة السابقة .

كما يستدل له بقوله تعالى : ﴿ قل أحل لكم الطيبات ﴾^(٢).

فالمراد بالطيبات الأشياء المستطابة بحسب الطبع، وليس المراد بها الحلال وإلا لزم التكرار، إذا ثبت هذا كانت الآية دالة على أن الأصل في كل ما تستطيه النفس أو يستتزه الطبع الحل إلا لدليل منفصل^(٣).

كما يستدل له من المعقول بما يلي :

إن الله تعالى خلق الأعيان إما لحكمة أو لآلحكمة والثاني باطل لقوله تعالى : ﴿ وما خلقنا السماوات والأرض وما بينهما لاعبين ﴾^(٤) إذ ثبت هذا لم يبق إلا أن تكون مخلوقة لحكمة، هذه الحكمة إما أن تكون هي عود النفع إلينا، أو إليه والثاني

(١) ذهب إلى ذلك الإمام الرازي في كتابه المحصول في أصول الفقه ٥٤١/٢، وما بعدها. كما ذهب إليه البيضاوي وابن السبكي وغيرهم، راجع شرح الإنشوي غني المنهاج ١٢٦/٣، حاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع ٣٥٣/٢ .

(٢) بعض الآية : ٤ من سورة المائدة .

(٣) التفسير الكبير للفخر الرازي ٣٠٨/٢، المحصول للرازي ٥٤٥/٢ .

(٤) الآية : ٣٨ من سورة النحان

محال على الله فتعين أنه خلقها لينتفع بها المحتاجون وهذا يقتضى أن يكون المقصود من الخلق نفع المحتاج.

فإذا ورد النهي عن بعض الانتفاعات علمنا أنه تعالى إنما منعنا منها لعلمه باستلزامها للمضار إما فى الحال أو فى المآل ولكن ذلك على خلاف الأصل فثبت بذلك أن الأصل فى المنافع الإباحة^(١).

كما استدلل أصحاب هذا القول على أن الأصل فى المضار التحريم بما روى عن النبى ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(٢) وليس المراد نفي الضرر لأن الضرر واقع لا محالة وإنما المراد النهي عن كل ما فيه ضرر بالنفس أو إضرار بالغير - فيكون فعل كل ما فيه ضرر أو إضرار محرماً وهو المدعى^(٣).

القول الثالث :

إن الأصل فى ما لم يرد فيه نص هو الحظر - التحريم . حتى يدل الدليل على الإباحة . نسب السيوطى هذا القول لأبى حنيفة^(٤) كما نسبه الشوكانى إلى الجمهور^(٥).

(١) المحصول ٥٤٦/٢

(٢) الموطأ للأمام مالك تحت رقم ١٥٠٠ ، سبل السلام ٨٤/٣ .

(٣) المحصول للرازى ٥٤٧/٢ ، وما بعدها ، منهاج الوصول ١٢٦/٣ .

(٤) الإشباه والنظائر لسيوطى ٦٠ .

(٥) قال وذنب الجمهور إلى أنه لا يعلم حكم الشيء إلا بدليل يخصه أو يخص نوعه

فإذا لم يوجد دليل لذلك فالأصل المنع . ارشاد الفحول ٢٨٤ .

لكن في نسبته إلى أبي حنيفة نظر حيث سبق ان ذكرنا
عن ابن عابدين أن المختار أن الأصل الإبلاحة عند الجمهور من
الحنفية والشافعية - والأصح أنه ينسب إلى بعض الحنفية كما
ذكره ابن نجيم^(١).

الأدلة :

استدل من ذهب إلى هذا القول بأدلة من السنة والمعقول:

أولاً أدلتهم من السنة :

استدلوا من السنة بقوله ﷺ " دع ما يريبك إلى ما لا
يريبك"^(٢).

فقد دل الحديث على أن ما لم يرد فيه دليل بالحل يكون
التصرف فيه موجبا للشبهة والريبة والنبي ﷺ نهى عن الريبة
فكان فعل هذه الأشياء التي لم يرد فيها نص منهيأ عنه والنهي
يقتضى التحريم. فكانت هذه الأشياء محرمة وهو المدعى.

ثانياً : استدلوا من المعقول بما يلي :

أن الأشياء مملوكة لله تعالى والتصرف في ملك الغير لا
يجوز إلا بإذنه^(٣). وبيان ذلك:

(١) الأشياء والنظائر ص ٦٦.

(٢) مشكاة المصابيح للتبريزي بتحقيق الألباني تحت رقم ٢٧٦٢٥، الترغيب والترهيب

١٧/٣، المستدرک ٩٩/٤، وقال الذهبي في التلخيص اسناده قوى.

(٣) شرح المنار لابن ملك ٦٨٠/٢.

أن الحكم على ما لم يرد نص من الشارع على حكمه يعد حكماً على شيء لم يحكم الله عليه فهو يشبه تصرف الإنسان في ملك غيره وهو ممنوع.

القول الرابع :

أن الأصل فيما لم يرد فيه نص هو التوقف حتى يدل الدليل على الحل أو الحرمة وهو منسوب إلى بعض الحنفية^(١) وممن ورد عنه هذا القول من الحنفية الحصفى فى الدر المختار^(٢) كما نسب إلى بعض الشافعية^(٣).

ومعنى التوقف أنه لا حكم للأشياء قبل الشرع حيث لم يثبت عن الشارع ما يدل على الحل أو الحرمة ولا مجال للعقل فى التشريعات فكان الأسلم هو التوقف.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن أن يكون دليلاً لكل رأى فإبنى أرى أن الرأيين الأول والثانى يمكن أن يكونا قولاً واحداً - ويكون المراد بالأشياء - فى القول الأول - هو الأشياء النافعة والأشياء الضارة .

(١) الأنبيه لابن نجيم ٦٦.

(٢) الدر المختار مع حاشية/ د المختار ٧١/١.

(٣) إرشاد الفحول ص ٢٨٥.

إذ لا يمكن انقول بأن جنة الأشياء التي لم يرد فيها نص تكون مباحة الأصل حتى وإن كانت ضارة لأن ما يثبت ضرره يكون منهياً عنه بحديث لا ضرر ولا ضرار وبقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ وإذا ثبت أن الأصل في الأشياء النافعة هو الإباحة والضرارة هو التحريم فإنني أميل إلى ترجيح هذا القول على القولين الآخرين لقوة أدلته وضعف ما تمسك به القائلون بأن الأصل هو الحظر.

حيث إن حديث دع ما يريبك إلى ما لا يريبك لا يفيد مدعاهم لأنه لا ريبه أصلاً بعد قيام الدليل على إباحة ما لا ضرر فيه.

وأما قولهم إن الأشياء مملوكة لله والتصرف في ملك الغير لا يجوز إلا بإذنه فهو مردود بأن التصرف في ملك الغير إنما يمتنع في حق من يتضرر بالتصرف في ملكه أما ما لا ضرر فيه فلا يمتنع التصرف فيه كالاستئصال بظل الجدار، والله ﷻ لا يلحقه ضرر من انتفاع المخلوقين بهذه الأشياء فلم يمتنع التصرف.

وأما القول بالتوقف فهو مردود بأن الأدلة الصريحة قد قامت على أن الأصل في الأشياء التي لم يرد فيها نص هو الحل فلم يبق مجال للقول بالتوقف .

... والله تعالى أعلم،،،

المبحث الأول

حيوان الماء

الماء عالم واسع ملئ بالحياة ، فيه أعداد كثيرة من الحيوان لا يعلمها ولا يحصى عددها إلا الله ﷻ ، ويتميز كل حيوان فيه باسم وشكل مختلف عن غيره من حيوانات الماء والذي يعني هنا ليس حصر الأعداد ولا معرفة الأسماء، وإنما يعنينا حكم هذه الحيوانات من حيث حل أو حرمة أكلها.

وبالبحث في حكم هذه الحيوانات وجدنا أن منها ما هو متفق على حله ومنها ما هو مختلف فيه، وبين مواضع الاتفاق والاختلاف على النحو التالي :-

أ- ما اتفق على حله :

اتفق العلماء^(١) على حل أكل السمك^(٢) بجميع أنواعه، أخذ من- البحر (الماء المالح) أو أخذ من النهر- الماء العذب- ولا حاجة إلى ذبحه لأن أخذه ذكاته^(٣) ولو ذبح ما كان به بأساً.

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٥١/١، المبسوط للسرخسي ٢٣٠/١١ المفتي للباجي ١٢٨/٣، المجموع للنووي ٣٠/٩، ٣١، المغني ٥٧٢/٨، المحلى ٣٩٣/٧، فتح الباري ٥٣٤/٩، السيل الجرار للشوكاني ٥٥/٤، البحر الزخار ٣٠٢/٥.

(٢) السمك من خلق الماء مفرداً سمكة وجمعها أسماك وسموك وهي أنواع كثيرة ولكل نوع اسم خالص ومن أنواعه ما لا يدرك الطرف أولها وآخرها كبرها، وما لا يدركها الطرف لصغرها والكل يأوى الماء ويستشفه وهو شره كثير الأكل، وصغاره تحترس من كباره لأنه يأكل بعضه بعضاً، يراجع حياة الحيوان للدميري ج ٤ ص ٧٠٠، ٧٠١، المعجم الوسيط ٤٦٧/١.

(٣) هذا إذا أخذ حياً - أما الطافي - ما أخذ ميتاً فسيأتي الحديث عنه .

ودليل حله من الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب :

فقوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحماً طرياً﴾^(٢).

أما السنة :

فما روى عن النبي ﷺ أنه سئل عن البحر فقال: " هو الطهور ماؤه الحل ميتته"^(٣).

فقد دل الحديث على حل حيوان البحر حتى وإن أخذ ميتاً. وبما روى عن ابن عمر يرفعه إلى النبي ﷺ " أحل لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان فهما السمك والجراد، وأما الدمان فالكدب والطحال"^(٤).

فهذا الحديث يدل على حل السمك وإن أخذ ميتاً.

(١) بعض آية ٩٦ - للمائدة .

(٢) بعض الآية ١٢ من سورة فاطر.

(٣) قال الترمذی ١٣٠/١ حسن صحيح وقال ابن ماجه ١٣٦/١ رجال اسناده ثقات،

سبل السلام ١٤/١، ١٥، الحكم ١٤٠/١، ابن حبان رقم ١٢٤٣.

(٤) في اسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، ابن ماجه ١١٠٢/٢، سبل

للسلام ٢٥/١، نصب الرعية ٢٠١/٤، ٢٠٢.

وبما روى عن جابر أن أبا عبيدة وأصحابه وجدوا بساحل البحر دابة يقال لها العنبر ميتة فأكلوا منها شهراً حتى سمنوا^(١)... ألخ الحديث - فهذا يدل على أن الصحابة أكلوا من هذه الدابة الميتة وأقرهم النبي ﷺ على ذلك فكان حيوان البحر مباحاً أكله وإن أخذ ميتاً لأنه لا يشترط له الذكاة .

أما الإجماع :

فقد أجمعت الأمة على حل أكل السمك على اختلاف أنواعه وتمليز أشكاله وهذا قدر متفق عليه بينهم^(٢).

ب - ما اختلف في حله : (الطافي من السمك)

إذا مات السمك في الماء فطفا^(٣) فهل يحل أكله لمن أخذه على هذه الحالة أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : وذهب إليه الحنفية^(٤) والزيدية^(٥) وهو قول ابن عباس وجابر بن عبد الله وجابر بن زيد وطاوس وابن سيرين

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٥٣٠/٩ نصب الراية ٢٠٤/٤.

(٢) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات .

(٣) الطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء إذا علا، والمراد بالسمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أم لا. تراجع شرح العناية على الهدية ٥٠٢/٩.

(٤) البدائع ٣٦/٥، المبسوط ٢٤٨/١١، ٢٤٩، الهدية وتكملة فتح القدير ٥٠٣/٩، أحكام القرآن للجصاص ١٥٢/١.

وسعيد بن المسيب والحسن وإبراهيم^(١). أنه لا يؤكل من السمك الطافي إلا ما كان موته بسبب كانهسار الماء عنه أو يلقيه الماء إلى البر فيموت أو يموت بسبب ضيق المكان أو يموت في الشبكة أو من قتل حيوان آخر له، كل ذلك حلال ، أما ما مات بغير سبب فلا يؤكل، وقد استدلل أصحاب هذا القول لمذهبهم من القرآن والسنة :

أولاً: أدلتهم من القرآن :

استدلوا بقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾.

فقد دلت هذه الآية على تحريم جميع الميتات، واتفق المسلمون على تخصيص غير الطافي من الجملة فخصصناه، واختلفوا في الطافي فوجب استعمال حكم العموم فيه^(٢).

ثانياً : من السنة :

أ- روى عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: " ما انصرف عنه الماء فكل وما طفا فلا تأكل - وفي رواية ما ألغاه البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات طفا فلا تأكلوه"^(٣).

(٥) السيل الجرار ٥٥/٤ ، البحر الزخار ٣٠٤.

(١) المجموع ٣٣/٩ ، المغني ٥٧٢/٨ ، أحكام القرآن للجصاص ١٥٢/١.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١٥٢/١.

(٣) اتفق الحافظ على تضعيفه ابن ماجه ١٠٨١/٢ ، نصب الرأية ٢٠٣/٤ ، سنن أبي

داود رقم ٣٨١٥.

فقد دل الحديث على أن ما مات في البحر من غير سبب حادث لا يؤكل لأن النهي يفيد التحريم. ولأنه فرق بين ما مات بسبب كانهيار الماء أو إلقاء البحر حيث أباح أكله دون الطافي. ب- روى عن علي أنه قال للسماكين لا تبيعوا الطافي في أسواقنا .

ج- روى عن ابن عباس أنه قال أكل الطافي حرام وروى عنه أيضاً أنه قال. ما حصره البحر فكله وما وجدته يطفوا فلا تأكله .

د- إن هذا الحيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات.

هـ- إن الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله ﷺ : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك" (١).

القول الثاني :

وذهب الجمهور من العلماء المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥). وهو مروي عن أبي بكر الصديق

(١) المبسوط ١١/٢٤٨، ٢٤٩، العناية على الهداية ٩/٥٠٣، والحديث في الترتيب

والترهيب للمنذرى ٣/١٧، من رواية الحسن بن علي

(٢) المنتقى ٣/١٢٨، الزرقاني على الموطأ ٣/٨٨، ٨٩.

(٣) المجموع ٩/٣١، ٣٠، الأم ٢/٢٢٩، قتيوبي ٤/٢٥٧.

(٤) المغنى ٨/٥٧٢.

(٥) المحلى ٧/٣٩٣.

وَأَبَى أَيُوبُ الْأَنْصَارِيَّ وَعِطَاءٌ وَمَكْحُولٌ وَالنَّخَعِيُّ وَأَبَى ثَوْرٌ^(١).
أَنَّ السَّمَكَ الطَّافِيَّ حَلَالٌ بِإِطْلَاقٍ مَاتَ بِسَبَبٍ أَوْ بَغَيْرِ سَبَبٍ.

أدلتهم :

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما يأتي :
أ- قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْنَا لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَاعاً لَكُمْ
وَاللَّسِيارَةَ﴾ وقول ابن عباس صيده ما صيد وطعامه ما
قذف- وروى عن عمر أيضاً صيده ما صيد وطعامه ما
رمى^(٢).

ب- قوله ﷺ عندما سئل عن البحر هو الطهور ماؤه الحل
ميتته^(٣).

ج- حديث عن عبد الله بن عمر يرفعه إلى النبي ﷺ - أحل لنا
ميتتان ودمان^(٤) أما الميتتان فالسمك والجراد.
فقد أحل ميتة السمك على أي وجه ماتت بسبب أو بغير
سبب حيث لم يفصل بين ميتته وميت . فكان الكل جلالاً لمن
أراد.

(١) قليوبي وصميرة ٢٥٧/٤، للمغني ٥٧٢/٨، فتح الباري ٥٢٩/٩، أحكام القرآن

للجصاص ١٥٢/١.

(٢) فتح الباري ٥٣٠/٩.

(٣) سبق تخريجه ص ٢٣.

(٤) سبق تخريجه ص ٢٣.

د- روى عن جابر قال غزونا جيش الخبط وأميرنا أبو عبيدة فجعنا جوعاً شديداً فألقى البحر حوتاً ميتاً لم ير مثله يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر... الخ^(١).

وفى رواية فلما رجعوا وأخبر النبي ﷺ قال: "أطعمونا إن كان معكم منه فأتاه بعضهم فأكله"^(٢).

فمن مجموع هذه الروايات يستفاد إيلاحة ميتة البحر سواء ماتت بنفسها أو ماتت بالاصطياد حيث لم يفرق الشارع بين طاف أو غيره .

هـ- روى عن ابن عباس أنه قال أشهد على أبي بكر أنه قال السمكة الطافية حلال وفى رواية أن أبا بكر أكل السمك الطافي على الماء^(٣).

و- روى عن أبي أيوب أنه أكل السمك الطافي^(٤).

ز- روى عن أبي هريرة وزيد بن ثابت أنهما كانا لا يريان بما لفظ البحر بأساً^(٥).

ح- روى عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو مثله^(٦).

(١) سبق تخريجه .

(٢) فتح الباري ٦/٦٨٢ .

(٣) المصدر السابق ٩/٥٣٠، الزرقاني على الموطأ ٣/٨٩.

(٤) الأم ٢/٢٢٩ .

(٥) الموطأ مع شرح الزرقاني ٣/٨٩ .

(٦) الموطأ مع شرح الزرقاني ٣/٨٨، ٨٩ .

فمن مجموع هذه الآراء يتبين لنا أن جمهور الصحابة على القول بحل ميتة البحر على أى وجه أخذت وبأى سبب ماتت من غير فرق بين ميتة وميتة وهذا هو المدعى.
ط- كما يستدل لحل الطافي من المعقول بأن هذا السمك لو مات فى البر لأكل فإذا مات فى البحر وجب أن يؤكل - أصله إذا مات بسبب^(١).

المناقشة والترجيح :

بعد أن ذكرنا أدلة القولين بقى أن نناقش هذه الأدلة حتى يتبين لنا القول الراجح منهما - فنقول وبالله التوفيق.

مناقشة أدلة القول الثانى :

ناقش الحنفية ومن وافقهم أدلة الجمهور بما يلى :
أ- أما الآية « أهل لكم صيد البحر » فلا حجة لكم فيها لأن المراد من قوله وطعامه - ما قذفه البحر إلى الشط فمات كذا قال أهل التأويل - وذلك حلال عندنا لأنه ليس بطاف. إنما الطافي اسم لما مات فى الماء من غير آفة وسبب حادث. وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافياً^(٢).

(١) المنقلى ١٢٨/٣، المغنى ٥٧٢/٨، فتح البارى ٥٣٤/٩.

(٢) البدائع ٣٦/٥، أحكام القرآن للجصاص ١٥٤/١.

ب- وأما حديث الحل ميتته. فالمراد ما مات بسبب حادث فلا حجة فيه على حل الطافي .

ج- وأما حديث أحل لنا ميتتان فلا حجة فيه أيضاً لأن المراد به غير الطافي^(١).

د- وأما حديث - الدابة التي ألقاها البحر . فيناقش من وجهين:
الأول: أنه مما ألقاه البحر وهو حلال أكله، فلا حجة فيه على أكل الطافي .

الثاني : وإن سلم أنه ميتة فلا حجة فيه أيضاً لأنهم أكلوا منه مضطرين إلى ذلك والضرورة لها تأثير في إباحة الميتة.

هـ- أما ما روى من آثار عن بعض الصحابة بحله فقد روى عن بعضهم القول بحرمته، وبذلك يتعارض الموجب للحرمة مع الموجب للحل فيترجح موجب الحرمة لحديث دع ما يريبك إلى ما لا يريبك^(٢).

مناقشة أدلة القول الأول:

ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يلي :

أ- حديث جابر ضعيف باتفاق الحفاظ فلا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شيء فكيف إذا عارض بما هو أقوى منه.

(١) ثم إن في هذا الخبر اختلاف في رفعه، فروى مرة مرفوعاً ومرة موقوفاً . يراجع أحكام القرآن للجصاص ١/١٥٣.

(٢) المبسوط ١١/٢٤٨، ٢٤٩.

وبيان ضعفه ما ذكره ابن حجر^(١). حيث قال أخرجه أبو داود مرفوعاً من رواية يحيى بن سليم الطائفي عن أبي الزبير عن جابر ثم قال رواه الثوري وأيوب وغيرهما عن أبي الزبير موقوفاً وقد اسند من وجه ضعيف عن أبي - فقال ليس بمحفوظ ويروى عن جابر خلافة فالصحيح أنه ليس بمرفوع بل موقوف على جابر وإذا ثبت أنه موقوف فقد عورض بقول أبي بكر وغيره فلم يبق فيه حجة .

ب- إن هذا الحديث معارض بما روى عن جابر من حديث الدابة التي ألقاها للبحر حيث دل على إباحة أكل ميتة البحر من غير أن يفرق بين طاف وغير طافي. وهو حديث ثابت صحيح لا يقوى حديثكم على معارضته فبطل ما استدلتم به.

ج- وإن سلم أن الحديث صالح للاحتجاج مع كل هذا فإن النهي فيه يحمل على نهى الكراهة؛ لأنه إذا مات راسب في أسفله فإذا أنتن طفا فكرهه لنتته لا لتحريمه^(٢).

د- أما ما روى عن علي وابن عباس فقد روى عنهما خلافة، فقد روى عن علي وعمر قالوا الجراد والنون ذكي كله؛ من

(١) فتح الباري ٥٣٤/٩.

(٢) يراجع في كل ما سبق المجموع ٣٥/٩، المطبوع ٣٩٥/٧، وما بعدها، فتح الباري

٥٣٤/٩.

غير تفصيل بين طاف وغيره، وابن عباس روى عنه لا بأس بالسك الطافي^(١) وعلى هذا فلا حجة في قولهما فبطل ما استدللتم به وهو المدعى.

هـ- ثم إن ما روى عن ابن عباس من قوله: "لا تأكل منه طافيا" ففي سنده الاجلح وهو لين فبطل الاحتجاج به^(٢).

الترجيح :

بعد ذكر الأقوال والأدلة ومناقشة ما أمكن مناقشته من الأدلة فإبني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من حل أكل السمك مطلقاً مات بسبب أو بغير سبب الطافي وغير الطافي سواء . لما يلي:

أ- حديث أحل لنا ميتتان لم يفرق بين ميتة وميتة فكانت ميتة السمك حلالاً بإطلاق وحملها على ما مات بسبب دون غيره تحكم لا دليل عليه.

ب- حديث الدابة التي ألقاها لهم البحر ورد في بعض طرقه "حوتاً ميتاًو أنهم قصوا خبره على الرسول ﷺ وأنه أكل منه" دليل على حل حيوان البحر مطلقاً مات بسبب أو بغير سبب وحمله على أنه مما ألقاه البحر حياً ثم مات خارجه تحكم لا دليل عليه، إذ يحتمل أن البحر ألقاه بعد ما مات

(١) يراجع سنن البيهقي، نصب للراية ٢٥/٤.

(٢) يراجع فتح الباري ٥٣٠/٩.

فيه وطفا وعلى هذا فليس حمله على أنه مات بسبب بأولى من حمله على أنه مات بغير سبب.

ج- إن التفريق بين ما مات بسبب وما مات بغير سبب حيث يؤكل الأول ولا يؤكل الثاني تكليف بما لا يطاق، لأنه لا سبيل إلى علمه هل مات وهو طاف فيه أو مات قبل أن يطفو؟ أو مات من ضرب حوت أو مات بغير ذلك؟ وتكليف الإنسان بما لا سبيل إلى علمه من باب التكليف بما ليس في الوسع والله تعالى يقول ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾.

ما قطع من السمكة وهي حية :

إذا قطع بعض السمكة وهي حية فمات فإنه يحل أكله، ما قطع وما بقي، لأن موته كان بسبب عند الحنفية، وما مات بسبب عندهم يؤكل أما عند الجمهور فما مات بسبب وبغير سبب فكله حلال وإنما جاز أكل ما قطع وما بقي؛ لأن ما أبين من الحي فهو ميتة وميتة السمك حلال أكلها^(١)؛ لأنها لا تحتاج إلى ذكاة بخلاف ما قطع من حيوان البر وهو حي فلا يؤكل؛ لأنه ميتة لا يحتاج أصله إلى التذكية .

(١) ولم يخالف في هذا إلا لزبدي في وجه ضعيف أنه لا يحل لعموم حديث ما أبين من الحي فهو ميتة. الهداية مع الفتح ٥٠٣/٩، البحر الزخار ٣٠٤/٥.

ثانياً: الخلاف في حيوان البحر غير السمك:

سبق أن ذكرنا أن حيوانات الماء كثيرة ومتعددة الأنواع والأشكال ولا يحصى عددها إلا الله. فهل هذه الحيوانات غير السمك مما يحل أكله أو هي مما لا يحل أكله؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) إلى أنه لا يحل من حيوان الماء غير السمك.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا من القرآن والسنة:

فمن القرآن :

استدلوا بقوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾^(٢) فقد حرم الله الخنزير من غير فصل بين برى وبحرى .

وبقوله تعالى ﴿ يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾^(٣). فكل ما كان خبيثاً من حيوان البحر فهو محرم، فالضفدع والحية والسرطان ونحوها من الخبائث فكانت محرمة بالآية .

(١) المبسوط ٢٤٨/١١، تكملة فتح للقيدر ٥٠٣/٩، البدائع ٣٥/٥.

(٢) بعض الآية رقم ٣ من سورة المائدة .

(٣) بعض الآية ٥٧ من سورة الأعراف .

ومن المنة :

استدلوا بما روى عن النبي ﷺ أن طبيباً سألته عن الضفدع يجعلها في دواء فنهاه عن قتلها^(١).
فكان النهي عن القتل دليلاً على التحريم^(٢).

القول الثاني :

وذهب إليه الليث بن سعد وهو قول لابن أبي ليلى^(٣).
إن ما يؤكل جنسه من صيد البر يؤكل جنسه من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البحر ولعل حجة هذا القول هي مراعاة التسمية فحرموا خنزير الماء لمشابهة الخنزير البري حتى وإن اختلف عنه في كثير من الصفات :

القول الثالث:

وذهب إليه الجمهور^(٤).
حيث قالوا بحل حيوان البحر في الجملة وإن استثنوا من ذلك بعض حيوان البحر حيث قالوا بحرمة كما سيأتي: وممن روى عنه الحل عطاء والحسن والشعبي^(٥).

(١) الحديث في المستدرک للحاکم ٤/٤١٦، وقال حديث صحيح، سنن الدارمی ٢/٨٨.

(٢) تراجع المصادر السابقة.

(٣) البدائع ٥/٣٥، المبسوط ١١/٢٤٨.

(٤) المنقلى للباہی ٣/١٢٨، الأم ٢/٢٢٩، المغنی ٨/٥٧٢، المطی ٧/٣٩٣.

(٥) فتح الباری ٩/٥٣١، ٥٣٢.

- وننيز حل حيوان البحر فى الجملة عندهم ما يلى :
- ١- قوله تعالى : ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم﴾ وقوله تعالى : ﴿ومن كل تأكلون لحماً طرياً﴾ فعم سبحانه ولم يخص شيئاً من شئ.
- ٢- قول النبى ﷺ عن البحر " هو الطهور ماءه الحل ميتته" ولم يخص السمك من غيره من حيوان البحر فدل على إباحة ميتة حيوان البحر باطلاق.
- ٣- حديث جابر - وفيه أن البحر ألقى إليهم دابة تدعى العنبر، وأنهم أكلوا منها وتزودوا من لحمه وشائق وفيه أن رسول الله ﷺ أكل منه، ولا شك أن هذه الدابة ليست من السمك بل هى دابة من دواب البحر غير السمك وقد أكل منها النبى ﷺ وأقر الصحابة على الأكل منها فدل هذا على حل حيوان البحر باطلاق وهو المدعى .

المناقشة والترحيع :

- ناقش الحنفية أدلة الجمهور بما يلى :
- أ- أما الآية ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ فيجاب عنها من وجهين :
- الأول: أن المراد بصيد البحر هو ما يؤخذ منه طرياً من السمك - وإن المراد بطعامه المالح المقدد منه.
- الثانى : أن المراد من الصيد هو فعل الصيد وهو الاصطياد لأنه هو الصيد حقيقة - لا المصيد لأنه مفعول فعل الصيد

وإطلاق اسم الفعل يكون مجازاً ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل.

وعلى هذا فلا دليل في الآية على إباحة الأكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد في البحر وبين الاصطياد في البر للمحرم^(١).

ب- أما حديث الحل ميتته فالمراد به ميتة السمك خاصة دون غيره من حيوان البحر. بدليل قوله ﷺ الميتتان السمك والجراد حيث فسر ميتة البحر بالسمك فكان هو المراد^(٢).

ج- أما حديث الدابة فيجاب عنه من وجهين :
الأول: أن العنبر اسم للسمك خاصة فلم يكن فيه دليل على حل كل حيوان البحر.

الثاني : وإن سلم أنه غير السمك فهو محمول على أنهم أكلوا منه لضرورة حيث كانوا في مجاعة فجاز لهم الأكل لهذا لا لكونه من حيوان البحر.

أو يحمل على أن ذلك كان قبل نزول قوله تعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾^(٣).

وعلى هذا فليس فيما استدلوا به حجة على حيوان البحر غير السمك وهو المراد.

(١) المبسوط ٢٤٨/١١، البدائع ٣٥/٥، ٣٦.

(٢) البدائع ٣٦/٥.

(٣) المبسوط ٢٤٩/١١.

مناقشة أدلة الحنفية :

ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يلي :-

أ- استدلالهم بأية تحريم الميتة يجاب عنه بأن لفظ الميتة عام في كل ميتة وقد خصص بحديث أحل لنا ميتتان كما خصص بحديث الحل ميتته فتحل ميتة البحر ويبقى ما عداه على أصل الحرمة .

ب- أما تخصيصها بميتة السمك فقط فمردود بحديث الدابة وبحديث الحل ميتته حيث أنه لفظ عام فتخصيصه من غير دليل لا يجوز.

ج- أما استدلالهم بأية ويحرم عليهم الخبائث، فنحن نقول به فكان ما استخبطه الطباع من حيوان البحر حرام ومالم تستخبطه يبقى على الحل كحيوان البر وليس كل حيوان البحر مستخبطاً فلم يبق في الآية دليل على تحريم كل حيوان البحر غير السمك.

الترجيح :

والذى أميل إليه من القولين هو رأى الجمهور بحل حيوان البحر لكن مع استثناء بعض أنواع منه إما لاستخباتها وإما لورود دليل خاص بتحريمها.

أما سبب الترجيح فهو صحة حديث جابر فى أنهم أكلوا من الدابة التى ألقاها لهم البحر رغم أنها ليست من السمك بل

هي نوع آخر من حيوان البحر، وأقرهم النبي على ذلك بل ورد أنه أكل منها ولو كانت حراماً لبيّنه لهم.

أما قول الحنفية أنهم أكلوا منها للضرورة فمردود بما يلي:-

أ- لو كان الأكل للضرورة لأكلوا منها بقدر الحاجة وما ورد في الحديث يدل على أنهم أكلوا منها فوق الحاجة حتى صلحت لهم أجسادهم، ثم أنهم تزودوا منه ولو كان أكلهم للضرورة ما تزودوا منه.

ب- ورد أن النبي ﷺ أكل منه ولو كان أكلهم للضرورة ما أكل وليبيّنه لهم.

ج- قولهم أن العنبر اسم للسّمك مردود فللسّمك أسماء كثيرة ليس منها هذا الاسم كما أنه ورد في بعض طرق الحديث أن البحر ألقى لهم حوتاً ميتاً والحوت ليس من السّمك. إذا ثبت هذا كان القول بحل حيوان البحر باطلاً هو الأولى والأرجح.

والله تعالى أعلم،،،

غير أن الجمهور استثنوا من ذلك أنواعاً اختلفت أقوالهم في حلها أو حرمتها نبيّنها على النحو التالي :

١- التمساح :-^(١)

اختلف الجمهور^(٢) في حل التمساح وحرمة على النحو التالي :-

القول الأول:

المالكية^(٣) والشافعية في وجهه^(٤) ورواية عن أحمد وبه قال الأوزاعي^(٥).

انه حلال : فلمن اشتهاه أن يأكله .

وقد استدلوا لذلك بعموم قوله تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم ﴾ .

وهذا من صيد البحر فكان داخلاً في عموم الحل.

وبعموم قوله ﷺ عن البحر: " هو الطهور ماؤه الحل ميتته " وهذا من حيوان البحر فسواء أخذ حياً أو ميتاً فهو حلال لدخوله في عموم اللفظ.

(١) التمساح على صورة الضب له فم واسع به ستون نلماً في فكه الأعلى وأربعون في فكه الأسفل وبين كل نابيين من صغيرة مربعة وله لسان طويل وأربع أرجل وهو حيوان برمقي من رتبته التمساحيات وطائفة الزواحف كبير الجسم طويل الذنب قصير الأرجل على ظهره ورأسه وذنبه كثرة السلاحف وجمعه تماسيح ، المعجم الوسيط ٩٢/١ ، حياة الحيوان ٢٧١/٢ .

(٢) نعى بالجمهور غير الحنفية حيث أنهم قالوا بحرمة جميع حيوان الماء عدا السمك . كما سبق .

(٣) المنتقى ١٢٨/٣ .

(٤) شرح المحلى مع قليوبي ٢٥٧/٤ .

(٥) المبدع ٢٠٢/٩٤ ، شرح منتهى الإدارات ٣٩٩/٣ .

القول الثاني :

وذهب إليه الشافعية^(١) في الأصح - والحنابلة في المذهب^(٢) وهو قول النخعي^(٣) أن للتمساح حرام لا يؤكل^(٤).
وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾
فقد بين الله أن كل مستخبث حرام والتمساح من المستخبثات
فكان داخلاً فيما حرم.

كما استدلوا بتحريمه بحديث النهي عن كل ذي ناب من السباع.

فهو وإن كان من حيوان البحر إلا أن له ناباً يعدوا به على الناس ويفرس به فكان داخلاً في عموم النهي والنهي يفيد التحريم .

الترجيح :

والذي أميل إليه من القولين هو القول الأول القائل بحل التمساح لمن اشتهاه، وذلك لعموم ما استدلوا به حيث لم يخص من حيوان البحر شيء وجعل للكل حلالاً.
ولعموم قوله تعالى ﴿كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً﴾
وقوله : ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ ولم يفصل لنا تحريم التمساح ، فكان باقياً على أصل الحل.

(١) للمجموع ٣٢/٩، شرح المحلى وقليوبي ٢٥٧/٤.

(٢) المغني ٦٠٧/٨، المبدع ٢٠٢/٩.

(٣) المغني ٦٠٧/٨.

(٤) وهذا قول الحنفية لأنه من حيوان البحر - وقد سبق.

٢- السرطان: (١)

الحنفية مشوا على أصلهم في القول بالحرمة لأنه من حيوان البحر وكل حيوان البحر عدا السمك محرم عندهم وقد سبق.

أما الجمهور فلهم في السرطان قولان.

القول الأول : وهو للشافعية في الصحيح (٢) .

أنه حرام لا يؤكل لأنه من المستخبات فهو وإن كان من حيوان البحر إلا أنه يحرم لاستخباته والله يقول ﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾ .

القول الثاني :

وهو للمالكية (٣) والحنابلة (٤) والشافعية في قول (٥) والظاهرية وبه قال عطاء (٦).
ان السرطان حلال.

(١) هو حيوان بحري من القشريات العشرية الأرجل وهو بفتح السين والراء المهملتين ويسمى عقرب الماء وهو جيد المشى سريع العدو ذو فكين ومخالب وأظفار حداد كثير الأسنان يستشق الماء والهواء معاً وهو يتخلق في الصدف، المعجم الوسيط ٤٤٣/١، حياة الحيوان للهميري ٦٨٤.

(٢) قليوبي وشرح المحلى على المنهاج ٢٥٧/٤.

(٣) المنتقى ١٢٨/٣.

(٤) المغنى ٦٠٦/٨، ٦٠٧.

(٥) المجموع ٣٢/٩.

(٦) المحلى ٤١٠/٧.

وأدلتهم عموم قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة﴾ .

وقوله ﷺ " هو الطهور ماؤه الحل ميتته"

غير أن المالكية والحنابلة يقولون بحل أكله بغير ذكاة - مستدلين بما روى عن شريح صاحب النبي ﷺ : أنه قال " كل شئ في البحر مذبوح . وبما روى عن طريق عمر بن دينار قال سمعت شيخاً كبيراً يحلف بالله ما في البحر دابة إلا قد نجحها الله لبني آدم" وبما روى من طريق عبد الله بن سرجن يرفعه " أن الله قد نجح كل ما في البحر لبني آدم" وبما روى عن عمر ثم على الحوت نكح كله^(١).

ولأنه لا دم فيه والمقصود بالذكاة هو اخراج الدم منه وتطيب اللحم بإزالته عنه فما لا دم فيه لا حاجة إلى ذكاته^(٢).

أما الظاهرية وهو قول للمالكية أنه لا يحل إلا بالذكاة لأنه يمكن تنكيته وما أمكن فيه الذكاة لا يؤكل بغيرها وإنما تركت الذكاة في السمك لعدم الإمكان بخلاف السرطان فيمكن تنكيته فلا تترك، ولأنه حيوان يمكن أن يعيش في البر فلم يجز أكله إلا بذكاة كغيره من حيوان البر.

(١) راجع فتح الباري ٥٣١/٩ مصب الرواية ٢٠٥/١.

(٢) المغني ٦٠٩/٨.

الترجيح :

والذى أراه راجحاً هو القول بحل السرطان لأنه من حيوان البحر والأكلة العامة تحله ولم يرد فيه دليل يخصه من هذا العموم فبقى على الأصل.

ثم إنى أرى ترجيح القول بحله بغير ذكاة لأن مقصود الذكاة هو إزالة الدم وتطيب اللحم والسرطان لا دم فيه فلم تجب فيه التذكية لعدم الفائدة كالسمك .

٣- السلحفاة البحرية : (١).

الحنفية يقولون بحرمتها كغيرها من حيوان البحر كما سبق.

والمالكية^(٢) والشافعية فى وجه^(٣) والحنابلة^(٤) والظاهرية^(٥) والشوكاني^(٦).

يقولون إن السلحفاة البحرية حلال لمن أراد أكلها لأنها من حيوان الماء.

(١) هى حيوان برمائي من قسم الزواحف يحيط بجسمه صندوق منطى بحراشيف قرنية صغيرة جمعه سلاحف وهو يبيض فى البر فما استمر منه فى البر كان سلحفاة وما سقط فى البحر كان لجأه - وهى السلحفاة البحرية لها أسنان فى صدرها من اصابت به من الحيوان قتلتها وهى تاكل الثعابين المعجم الوسيط ٤٦٣/١، حياة الحيوان ٦٩٢، ٦٩٣، ١١٩٩.

(٢) المنتقى ١٢٩/٣ .

(٣) المجموع ٣٢/٩ .

(٤) المغنى ٦٠٦/٨ .

(٥) السيل الجرار ١٠١/٤ .

(٦) المجموع ٣٢/٩، قليوبى ٢٥٧/٤ .

ويستدلون لحلها بعموم قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ وقوله: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾.

وعوم قوله: ﴿كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً﴾ حيث إن الله لم يفصل لنا تحريم السلحفاة فكانت باقية على الحل.

وإذا أحل أكلها أحل أكل بيضها وما تولد منها.

غير أن بعضهم يقول لا تحل إلا بذكاة لأنها تعيش في البر فلم تجز من غير ذكاه كحيوان البر وبعضهم قال تحل من غير ذكاة لأنها من حيوان الماء فكانت مثله لا تحتاج إلى ذكاة كالحوث والسماك وذهب الشافعية في أصح الوجهين^(١) وهو قول الزيدية^(٢).

إلى أن السلحفاة حرام والعلة في التحريم هي الاستنباط فكانت داخلة في عموم قوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾

٤- الضفدع: (٣).

اختلف الجمهور في حله وحرمة على قولين:

المالكية^(٤) والشافعية في قول ضعيف^(٥) وهو قول الشعبي^(٦) وابن أبي ليلى والليث بن سعد^(٧) يحل أكل الضفدع

(١) المجموع ٣٢/٩، قليوبي ٢٥٧/٤.

(٢) السيل الجرار مع الحدائق ٩٤/٤.

(٣) الضفدع بكسر أوله ويفتح الدال ويكسرهما أيضاً وحكى ضم أوله مع الدال جمعه ضفادع وضفادى بغير غين لغة فيه وهى من الحيوان البرمائى حيث يعيش فى البر وفى الماء وهى أنواع كثيرة تتولد من سفاد ومن غير سفاد لاعظام لها منها ما ينق وما لا ينق . حياة الحيوان ٥/٧٩٩، ٨٠٠، فتح البارى ٥٣١/٩.

(٤) المنتقى للباي ١٢٨/٣، ١٢٩.

(٥) المجموع ٣٢/٩.

(٦) فتح البارى ٥٣١/٩.

(٧) البدائع ٣٥/٥.

لعموم الأدلة المبيحة لحيوان البحر وهو من حيوان البحر فكان
دخلاً في عمومها.

واختلف في نكاته فقيل يحل بغير نكاة وقيل لا يحل إلا
بالنكاة أما الشافعية في منصوص^(١) المذهب والحنابلة^(٢)
والظاهرية^(٣).

فيرون حرمة الضفدع وذلك لما ورد أن النبي ﷺ نهى
عن قتله فقد روى عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي أن طيبيا
سأل رسول ﷺ عن الضفدع يجعلها في دواء فنهى عن قتلها^(٤).
والنهي عن قتل الحيوان إما لحرمة كالأدمى وإما لتحريم
أكله كالصرد والهدد ، والضفدع غير محترم فكان النهي
منصراً إلى الوجه الآخر.

الترجيح :

والذي أميل إليه هو القول بالتحريم وذلك لأنها مستخبئة
حيث تنفر منها الطباع وما كان مستخبئاً فالأصل فيه التحريم .
والله أعلم ،،

(١) المجموع ٣٣/٩ ، قليوبي ٢٥٧/٤ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ٣/٣٩٩ .

(٣) المطي ٢٤٥/٧ .

(٤) رواه الحاكم في المستدرک ٤/٤١٦ ، وصححه ، نصب للراية ٤/٢٠١ ، الترغيب
والترهيب ٤/٤٠ .

٥- خنزير الماء - وكلب الماء: (١).

اختلف الجمهور فيهما على النحو التالي :

الأول: ذهب المالكية (٢) في المشهور والشافعية في قول (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) إلى القول بطلهما لأنهما من صيد البحر.

والأدلة عامة في حل كل صيد البحر ولم تخص شيئاً من شئ.

ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال إن الله ذبح كل شئ في البحر لأبن آدم وقد روى أن الحسن بن علي ركب على سرج عليه جلد من جلود كلاب الماء (٦) ولو كان حراماً أكله ما حل استخدام جلده كجلد الخنزير البري .

فإذا قلنا بطلهما فليل يحلان بغير ذكاة وقيل بل لا بد من الذكاة.

(١) خنزير الماء ويسمى الدلقين بضم الدال دابة في البحر تتجى الغريق تمكنه من ظهورها ليستعين به على السباحة، وصفته كصفة الذئب المنفوخ وله رأس صغيراً جداً ولا يؤذى أحداً ولا يأكل السمك وهو يلد ويرضع وأما كلب الماء فهو القندس يذاه أطول من رجليه يراجع حياة الحيوان ٥٩٣، ١١٩١.

(٢) المنتقى ١٢٨/٣.

(٣) المجموع ٣٢/٩٤.

(٤) المبدع ٢٠١/٩، ٢٠٢.

(٥) المحلى ٣٩٣/٧، ٣٩٤.

(٦) فتح الباري ٥٣١/٩.

القول الثاني :-

وهو مروى عن مالك^(١) أنها يكرهان ولا يجرمان.
 ووجه ذلك هو ظاهر تسميتهما كلباً وخنزيراً فلموافقتهم
 للكلب والخنزير البرى فى الاسم قيل بالكرهية ولم نقل بالتحريم
 لعدم ورود دليل خاص بتحريمهما.
 وروى عن مالك أيضاً أنه توقف فى الخنزير فلم يقل
 بحله أو بحرمة وقال لمن سأله أنتم تقولون خنزيراً.

القول الثالث :-

وذهب إليه الشافعية^(٢) فى قول وهو قول الزيدية^(٣) أنها
 لا يحلا. وهو موافق لمذهب الحنفية وقد سبق.
 ووجه الحرمة أنهما من الخبائث والله يقول :
 ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ وعموم قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم
 الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ ولم يفرق بين برى وبحرى فكان
 الكل داخلاً فى التحريم.

الترجيح :-

بعد ذكر الأقوال والأدلة أرى ترجيح القول الأول القائل
 بحل كلب الماء وخنزيره ما لم يستخبثهما الطباع، لأنها تسميتهما
 كلباً وخنزيراً لا يخرجهما عن كونهما من حيوان البحر الذى
 أحل الله صيده من غير أن يخص مفع شيئاً.

(١) المنقلى ١٢٨/٣.

(٢) شرح المحلى مع قلاويى ٢٥٧/٤، المجموع ٣٢/٩.

(٣) السيل الجرار ٩٤/٤، وما بعدها.

ولأن هذه تسمية من ليس بحجة في اللغة وليست التسمية إلا لله ولو كان ذلك إلى الناس لكان من شاء أن يحل الحرام أحله بأن يسميه باسم شيء حلال، ومن شاء أن يحرم الحلال حرمه بأن يسميه باسم شيء حرام.

فالظاهر أن كلب الماء وخنزيره يختلفان عن كلب وخنزير البر كلية ولا يتفقان إلا في الاسم وهذا الاتفاق في الاسم لا ينبغي أن يكون سبباً للتحريم أو التحليل.

إذا ثبت هذا كان كلب الماء وخنزيره من حيوان البحر الذي وردت الأدلة بحل صيده وحل ميتته ما لم يستخبثها الطباع فيحرما لذلك لا لكونهما من حيوان الماء.

.. والله تعالى أعلم،،

المبحث الثاني

الخيول والبغال والحمير

بعد أن امتن الله على بني آدم بخلق الأنعام لهم ينتفعون بها ومنها يأكلون امتن عليهم بنوع آخر من الحيوان وهو الخيل والبغال والحمير فقال ﷺ: ﴿والخيول والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾^(١).

فهذه الركوب والزينة هي كل منافعها أم هي بعض المنافع فقط وأن من منافعها الأكل أيضاً ، هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال المسائل التالية :

المسألة الأولى : في حكم الخيل^(٢).

اختلفت الفقهاء في حكم الخيل على قولين:

القول الأول : لأبي حنيفة^(٣) ومالك^(٤) والحكم والأوزاعي وهو مروي عن ابن عباس^(٥) وبه قال الهادي^(٦) والزيدي^(٧) وقد ذهبوا إلى القول بمنع أكل لحوم الخيل.

(١) بعض آية ٨ من سورة النحل.

(٢) الخيل جماعة الأفراس لا واحد له من لفظه وقيل مفردة خائل وهي مؤنثة ، والجمع خيول- وسميت خيلاً لاختياليها في المشية . فالخيل على هذا اسم للجمع عند سيويه. للزرقاني على الموطأ ٩١/٣، حياة الحيوان ٥٣٩.

(٣) المبسوط ٢٣٣/١١، البدائع ٣٨/٥.

(٤) للمفتي ١٣٢/٣، الزرقاني على الموطأ ٩٢/٣، الشرح الكبير ١١٧/٢.

(٥) المغني ٥٩١/٨، المجموع ٤/٩، فتح الباري ٥٦٧/٩.

(٦) سبل السلام ٧٤/٤، ٧٥.

(٧) البحر الزخار ٣٣٠/٥، السيل للجرار ٩٤/٤.

غير ان منهم من روى عنه القول بالكراهة ومنهم من روى عنه القول بالتحريم فالزيدية يقولون بالتحريم وأبو حنيفة روى عنه القول بالكراهة فمن أصحابه من حملها على كراهة التنزيه ومنهم من حملها على كراهة التحريم^(١) ومالك المشهور عنه التحريم وصحح أصحابه الكراهة^(٢) وروى عن الباقيين من أصحاب هذا القول الكراهة.

الأدلة :

وقد استدل أصحاب هذا القول على المنع من أكل لحوم الخيل بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

أولاً: أدلتهم من القرآن :-

١- استدلوا لمذهبهم من القرآن بقوله تعالى : ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ .
 ووجه الاستدلال من الآية من وجوه:

الأول : أن اللام للتعليل فدل على أنها لم تخلق لغير ذلك لأن العلة المنصوصة تفيد الحصر فدلّت الآية على أن جميع منافع الخيل هي الركوب والزينة، ولو كانت فيها منفعة غيرها لذكرها ليبين إنعامه علينا أو ليظهر إباحة ذلك لنا، فلما أخبر الله أنه خلقها لهذا المعنى دل على أنه جميع التصرف المباح منها فيإباحة أكلها تقتضى خلاف ظاهر الآية الذي هو أولى في الحجة من خبر الأحاد ولو صح.

(١) المبسوط ٢٣٣/١١، فتح الباري ٥٦٧/٩.

(٢) الشرح الكبير مع المصنف ١١٧/٢، للزرقاني على الموطأ ٩١/٣، ٩٢.

الثاني : أن الله سبحانه عطف البغال والحمير على الخيل فدل على اشتراكها معها في حكم التحريم لأن القرآن في اللفظ دليل القرآن في الحكم، فمن أفرد الخيل في الحكم فعليه الدليل.

الثالث: أن الآية سبقت مساق الامتحان حيث من الله على عباده بما خلق لهم من منفعة الركوب والزينة في الخيل ولو كان يستتبع بها في الأكل لكان الأولى نكره، لأن الامتحان به أعظم إذ هو أعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الله أن يترك أعظم وجوه المنفعة عند إظهار المنة ويذكر ما دونه، ودليل ذلك أنه ذكر منفعة الأكل في الأنعام وامتن بها رغم أن منافعها كثيرة ومتعددة.

الرابع : لو أبيع أكلها لفاتت المنفعة بها فيما وقع به الامتحان من الركوب والزينة.

٢- الدليل الثاني من القرآن :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾ .

ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث فإن الطباع السليمة لا تستطيع بل تستخبثه حتى لا تجد أحداً ترك بطبعه إلا ويستخبثه وينفر بطبعه عن أكله، وإذا ثبت هذا فالشرع إنما جاء بإحلال ما هو مستطاب في الطبع لا بما هو مستخبث فثبت بهذا حرمة لحم الخيل شرعاً^(١).

ثانياً: أدلتهم من السنة والآثر :

- استدل من منع من أكل لحم الخيل من السنة بما يلي:
- أ- روى عن خالد بن الوليد أن النبي ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الخيل^(١).
- ب- روى عن جابر قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الأهلية فنبحوها فحرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر ولحوم الخيل والبغال وكل ذي ناب من السباع .. الخ^(٢).
- ج- روى عن المقدام بن معدى كرب أن النبي ﷺ قال: " حرام عليكم الحمار الأهلى وخيلها"^(٣). من كل هذه الروايات يتبين لنا حرمة أكل لحم الخيل حيث إن الأحاديث صريحة فى ذلك فهى مرة تذكر بلفظ النهى وهو يفيد التحريم ومرة تذكر بلفظ التحريم فكانت نصاً فى محل الخلاف.
- أما الآثر فقد روى عن ابن عباس القول بكرهية لحم الخيل^(٤).
- ## ثالثاً : أدلتهم من المعقول:

- استدلوا على المنع بأدلة من المعقول منها:
- أ- أن الشبه الخلقى بين الخيل والبغال والحمير يؤكد القول بالمنع، فهى تشبه الحمير والبغال فى هيئتها وزهومة لحمها

(١) فتح البارى ٥٦٨/٩، غيل الأوطار ١١٢/٨.

(٢) للمصدرين السابقين، سنن ابن ماجه ١٠٦٦/٢، وقال لتفق على أنه ضعيف.

(٣) رواه ابن ماجه ١٠٦٥/٢ بلفظ حرام عليكم الحمار الأهلى - ولم ينكر فيه الخيل.

(٤) فتح البارى ٥٦٦/٩.

وغلظه وفي صفة أرواثها وفي أنها لا تجتر و إذا تأكد الشبه الخلقى لم يكن هناك فارق بينها وإذا انتفى الفارق ثبت أن الحكم واحد وهو المنع من الأكل.

ب- أن الفرس حيوان أهلى ذو حافر فلم يكن أكله مباحاً كالبيغال والحمير.

ج- لو كانت الخيل حلالا لجازت الأضحية به كغيره من الحيوان المأكول فلما لم تصح به الأضحية علمنا أنه حرام^(١).

أما من روى عنهم القول بالكرهية فقد استدل لهم:

بأنه لما تعارضت أدلة الحل مع أدلة التحريم ولم يترجح أحدهما على الآخر عندهم قالوا بكرهته احتياطاً لباب الحرمة^(٢).

القول الثانى: وذهب إليه الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) وأبو يوسف ومحمد^(٥) من الحنفية والظاهرية^(٦) وهو مروي عن كثير من الصحابة والتابعين^(٧) أن لحوم الخيل حلال لا كراهة فيها وسواء فى ذلك عرابها وبراذينها^(٨).

(١) المبسوط ٢٣٤/١١، البدائع ٣٨/٥، المنتقى ١٣٣/٣، فتح البارى ٥٦٧/٩.

(٢) البدائع ٣٩/٥.

(٣) المجموع ٤/٩، ٥، الأم ٢٥١/١، الحاوى ١٤٣/١٥.

(٤) المغنى ٥٩١/٨، المبدع ١٩٩/٩، ٢٠٠.

(٥) البدائع ٣٨/٥، المبسوط ٢٣٣/١١، للهداية مع فتح القدير ٥٠٢/٩.

(٦) المحلى ٤٠٨/٧، ٤٠٩.

(٧) المجموع ٤/٩، المغنى ٥٩١/٨.

(٨) البرذون بكسر الباء والذال المعجمة مفرد وجمعه برانين والآنثى برنونة وهو الذى أبواه أعجميان. حياة الحيوان.

الأدلة :

وقد استدلل الجمهور لمذهبهم هذا من السنة والمعقول:

أولاً: أدلتهم من السنة : استدللوا من السنة بما يلي :

أ- روى عن جابر رضي الله عنه قال - نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص في لحوم الخيل وفي لفظ (أطعمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر)^(١) فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على حل أكل لحم الخيل فهو يفرق بين الحمر الأهلية والخيل في الحكم حيث أباح الخيل وحرّم الحمر فكان نصاً في محل الخلاف.

ب- روى عن أنس قال (أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم)^(٢).

فهو يدل دلالة واضحة على حل الفرس حيث ذبحه الصحابة وأكلوه زمن النبي صلى الله عليه وسلم فالظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم علم بذلك وأقرهم عليه، لأن عدم علمه بذلك بعيد ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا حريصين على سؤاله صلى الله عليه وسلم عن كل كبيرة وصغيرة تعرض لهم.

ج- روى عن أسماء قالت: (نحرنا فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة) وفي رواية فأكلناه نحن وأهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٣).

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٥٦٥/٩، نيل الأوطار ١١١/٨، المسترمدى

٣١٠/٣، وقال حسن صحيح، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٠٥/٣.

(٢) أخرجه الدارمي في السنن ٨٧/٢ عن أسماء.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٥٦٥/٩، سبل السلام ٧٨/٤، ابن ماجه

١٠٦٥/٢.

ففي هذه الرواية دليل على اطلاع النبي ﷺ على ذلك الفعل وإقراره لهم عليه، ثم إنه من المستبعد على آل أبي بكر أن يقدموا على فعل شيء زمن النبي ﷺ إلا إذا كان عندهم علم بجوازه فكان الحديث دليلاً على حل أكل لحم الخيل وهو المدعى.

د- روى عن جابر قال سافرنا مع رسول ﷺ وكنا نأكل لحوم الخيل ونشرب ألبانها^(١) دل الحديث على حل لحوم الخيل وألبانها لفعل الصحابة ذلك في زمن النبي ﷺ ولم ينكر عليهم فالظاهر موافقته عليه.

هـ- سئل عطاء عن لحوم الخيل فقال للسائل لم يزل سلفك يأكلونه قال ابن جريج قلت له أصحاب رسول الله ﷺ قال: نعم^(٢).

فهذا عطاء ينقل القول بالحل عن الصحابة من غير أن يستثني منهم أحداً وهو من كبار التابعين الذين أدرکوا جمهور الصحابة ولو نقل عنهم غير ذلك ما جاز لعطاء أن يقول ذلك.

و- روى عن إبراهيم النخعي قال ذبح أصحاب ابن مسعود فرساً فاقتسموه بينهم. فمن هذه الآثار تبين لنا أن عامة الصحابة والتابعين يقولون بالحل حتى إن ابن حزم قال^(٣): إن ذلك يكاد أن يكون إجماعاً.

(١) سنن الدارقطني، سنن البيهقي، نيل الأوطار ١١١/٨.

(٢) فتح الباري ٥٦٦/٩، نيل الأوطار ١١/٨.

(٣) المحلى ٤٠٩/٧.

ثانياً : أدلتهم من المعقول:

- استدلوا على حل الفرس من المعقول بما يلي :
- أ- أن الخيل حيوان طاهر مستطاب ليس بذى ناب ولا مقلب
فكان حلالاً كبهيمة الأنعام^(١).
- ب- أن سوره طاهر على الإطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل
لحمه فعرفنا أنه مأكول كالأنعام^(٢).
- ج- أن الناس لا زالوا يبيعون لحوم الخيل في الأسواق من غير
نكير^(٣) فدل ذلك على أن حل الخيل أمر متقرر عندهم حتى
لم ينكره على من يبيعه أحد.

المناقشة والترجيح:

بعد ذكر القولين وأدلتها - بقى أن نناقش هذه الأدلة كي
يتبين لنا الرأي الراجح منها:

فنقول وبالله التوفيق أورد كل فريق اعتراضات
ومناقشات على أدلة الفريق الآخر. ونوردها على النحو التالي:

أولاً: ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلي :

- ١- أما حديث جابر فيجاب عنه من وجهين :
- الأول: أنه لم يشهد خبير فكان الحديث معلولاً بذلك.
- الثاني : أن حديث جابر يدل على التحريم لأن فيه قوله
ورخص في الخيل - والرخصة استباحة المحظور مع قيام مانع

(١) المغنى ٥٩١/٨.

(٢) المبسوط ٢٣٣/١١.

(٣) المبسوط ٢٣٣/١١.

فدل على أنه رخص لهم فيها بسبب المخصصة التي أصابتهم بخير فلا يدل ذلك على الحل المطلق^(١).

٢- ويجاب عن حديث جابر وحديث أسماء بأن ذلك محمول على الحال التي كان يؤكل فيها الحمر لأن النبي ﷺ إنما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل في ذلك الوقت ثم حرمت . يدل لذلك ما روى عن الزهري أنه قال ما علمنا الخيل أكلت إلا في حصار^(٢).

كما يمكن مناقشة حديث أسماء بأنه قضية عين يتطرق إليها الاحتمال إذ هو خبر لاعموم فيه^(٣).

كما يمكن أن يناقش حديث جابر بأنهم كانوا يأكلون لحوم الخيل في مغازيهم في السفر - فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حالة الضرورة أو يحمل على هذا عملاً بجميع الأدلة وفي هذا صيانة لها عن التناقض^(٤).

٣- وعلى فرض التسليم بصحة أدلة الحل وعدم احتمالها لما ذكر فإنها معارضة بالأدلة التي سقناها والتي تدل على الحظر . وإذا تعارضت أدلة الحل مع أدلة الحظر فإنه يترجح دليل الحظر^(٥).

(١) فتح الباري ٩/٥٦٨، للزرقاني على الموطأ ٩٢/٣.

(٢) البدائع ٣٨/٥.

(٣) الزرقاني على الموطأ ٩٢/٣.

(٤) المصار السابقة .

(٥) المبسوط ١١/٢٣٤.

ثانياً : مناقشة أدلة الحنفية :

ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلي :

أولاً: استدلالهم بالآية الأولى غير مسلم ويجب عليه بجوابين :
أما الجواب الأول فهو أن آية النحل مكية اتفاقاً والإذن في أكل الخيل كان بعد الهجرة من مكة بأكثر من ست سنين فلو فهم النبي ﷺ من الآية المنع لما أذن في الأكل، ثم إن الآية ليست نصاً في منع الأكل وأحاديث الإباحة صريحة في الجواز^(١).

أما الجواب الثاني عن الآية فمن أوجه:

أ- لا نسلم أن اللام في قوله - لتركبوها - مفيدة للحصر في الركوب والزينة لأن الخيل ينتفع بها في غير الركوب وغير الأكل اتفاقاً وإنما خصهما بالذكر لكونهما أعظم المقصود منها. ولذلك نظائر - فمثلاً في قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ خص لحم الخنزير بالذكر لأنه أعظم المقصود منه وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه وسائر أجزائه.

وكما في حديث البقرة التي خاطبت راعيها فقالت إنا لم نخلق لهذا إنما خلقنا للحرث فإنه مع كونه أصرح في الحصر إلا أنه لم يستلزم حصر منافعها في الحرث لأنها تؤكل وينتفع بها في أشياء غير الحرث.

(١) فتح الباري ٥٦٩/٩، نيل الأوطار ١١٢/٨.

ب- أنه لو سلم أن الآية تفيد الحصر للزم منع حمل الأثقال على الخيل والبغال والحمير لأنه لم يذكر من جملة منافعها وذكر في جملة منافع الأنعام ولم يقل بذلك أحد^(١).

ج- استدلالهم على التحريم بالعطف للبغال والحمير عليها استدلال ضعيف لأن دلالة العطف دلالة اقتران وهي ضعيفة^(٢).

د- أن الله سبحانه إنما امتن عليهم بالركوب لأنه غالب ما كان يقع به انتفاعهم بالخيول فخطبوا بما ألفوا وعرفوا، ولم يكونوا يعرفون أكل الخيل لعزتها في بلادهم بخلاف الأنعام فإن أكثر انتفاعهم بها كان لحمل الأثقال وللأكل فلو اقتصر الحصر في ذلك الشق للزم مثله في الشق الآخر^(٣).

قال ابن حزم^(٤) ولا حجة لهم في الآية إذ لا نذكر فيها للأكل لا بياحة ولا بتحريم وإباحة النبي ﷺ للأكل حاكم على كل شيء.

أما الإجابة عن استدلالهم بالآية الثانية فهو أن لحم الخيل ليس من الخبائث حتى يكون داخل في التحريم بل هو من الطيبات فتكون الآية دليلاً على حله ومما يؤيد كونه من الطيبات ما روى عن سعيد بن جبير قال ما أكلت شيئاً أطيب من معرفة برزون^(٥).

(١) المصدرين السابقين ، المجموع ٥/٩.

(٢) فتح الباري ٥٦٩/٩ ، سبل السلام ٧٥/٤.

(٣) فتح الباري ٥٦٩/٩٢.

(٤) المحلى ٤٠٨/٧.

(٥) المغنى ٥٩١ / ٨.

أما الإجابة عن استدلالهم من السنة فهو على النحو التالي:

أولاً: استدلالهم بحديث خالد بن الوليد مردود من وجوه:
الأول: أنه شاذ منكر لأن في سياقه أنه شهد خبر وهو

خطأ فإنه لم يسلم إلا بعدها على الصحيح.

الثاني: أن في السند راوياً مجهولاً.

الثالث: أن أئمة الحديث اتفقوا على ضعفه حيث
ضعفه أحمد والبخاري وموسى بن هارون والدارقطني
وابن عبد البر وغيرهم.

الرابع: أنه مع اضطرابه لو سلم بصحته وثبوته لا ينهض
معارضاً لحديث جابر الدال على الجواز لا سيما وقد وافقه
حديث أسماء^(١).

ثانياً: استدلالهم بحديث جابر مردود بما ذكره ابن حزم^(٢) أنه من
طريق عكرمة بن عمار وهو ضعيف فلا يصلح للاحتجاج به
وإن سلم بصحته فلا يقوى على معارضة حديث جابر الآخر
الدال على الحل.

ثالثاً: استدلالهم بما روى عن المقدم بن معدى كرب مردود بما
رد به حديث خالد؛ لأن المقدم رواه عن خالد فهو نفس
حديث خالد الأول.

(١) فتح الباري ٥٦٨/٩، المجموع ٥/٩، المغني ٥٩١/٨، المحلى ٤٠٨/٧.

(٢) المحلى ٤٠٨/٧، نيل الأوطار ١١٢/٨.

ثم إن المقدم مجهول^(١) فلا يبقى الحديث صالحاً للاحتجاج به ولا يقوى على معارضة أدلة الحل وعلى فرض التسليم بصحة أحاديث النهي عن لحوم الخيل فهي محمولة على أن الخيل كانت قليلة فيهم وكانت سلاحاً يحتاجون إليه في الحرب لذا نهوا عن أكلها لا لحرمتها^(٢).

رابعاً: استدلالهم بما روى عن ابن عباس مردود من أوجه: (٣)
الأول: أن هذا الأثر أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة بسندين ضعيفين .

الثاني أنه قد ورد عن ابن عباس أنه استدل على إباحة الحمر الأهلية بقوله تعالى: ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أُوحًى إِلَىٰ مُحَرَّمَاً ﴾^(٤) فإن هذا أن صلح مستمسكاً لحل الحمر صلح للخيل إذ لا فرق .
فبعد عنه أن يقول بتحريم الخيل مع قوله بحل الحمر أو بالتوقف فيها.

الثالث : روى عن ابن عباس مرفوعاً نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأمر بلحوم الخيل^(٥).
خامساً: استدلالهم من المعقول مردود بما يلي :
قولهم لو كانت حلالاً لجازت الأضحية بها منقوض بحيوان البر فإنه مأكول ولم تشرع الأضحية به^(٥).

(١) المصدر السابق.

(٢) المبسوط ٢٣٤/١١.

(٣) فتح الباري ٥٦٦/٩، المحلى ٤٠٩/٧، السيل الجرار ٩٦/٤، نيل الأوطار ١١١/٨.

(٤) فتح الباري ٥٦٩/٩، سيل السلام ٧٥/٤.

(٥) فتح الباري ٥٦٧/٩.

أما استدلالهم بقياس الخيل على البغال والحمير فيجيب عنه بأن الآثار إذا صحت عن رسول الله ﷺ أولى أن يقال بها مما يوجبها النظر^(١) لا سيما وقد أخبر جابر أن النبي ﷺ أباح لهم لحم الخيل في الوقت الذي منعهم فيه من لحوم الحمر فدل ذلك على اختلاف حكمهما.

ثم إنه لا قياس مع النص فإذا تعارض القياس مع النص بطل القياس وأعمل النص.

الترجيح :

ما سبق من مناقشة أدلة الفريقين ظهر لنا جلياً ضعف ما تمسك به المانعون من أكل لحوم الخيل وقوة أدلة الجمهور القائلين بالجواز.

أما الشبه التي أوردها أصحاب القول الأول على أدلة الجمهور فيجيب عنها بما يلي :

أما ردهم لحديث جابر بأنه لم يشهد خيبر فذلك ليس بمطعن لأن غايته أن يكون مرسل صحابي وأما قولهم بأنه دال على التحريم لقوله رخص والرخصة استباحة المحظور مع قيام المانع فيجيب عنه بأن أكثر الروايات جاءت بلفظ الإذن وبعضها بالأمر فدل على أن المراد بقوله رخص إذن لا خصوص الرخصة باصطلاح من تأخر عن عهد الصحابة فلا فرق بين العبارتين " إذن " و" رخص " في لسان الصحابة .

(١) المصدر السابق ، بداية المجتهد ١/٤٧٠ ، نيل الأوطار ٨/١١١ .

أما حملهم أدلة الحل على أن ذلك كان لأجل المخصصة والضرورة فمردود بأن الإنزاع لو كان رخصة لأجل الضرورة لكانت الحمر الأهلية أولى بذلك لكثرتها وقلة الخيل حينئذ؛ ولأن الخيل ينتفع بها فيما ينتفع بالحر وغيره والحر لا ينتفع بها فيما ينتفع بالخيل من القتال.

ثم إنه عليه السلام أمر بإزالة القدور التي طبخت فيها الحمر مع شدة احتياجهم إليها ~~فدل ذلك على أن الأذن في أكل الخيل إنما~~ كان للإباحة العامة لا لخصوص الضرورة وعلى هذا فالرأي الراجح في نظري هو ما ذهب إليه الجمهور. القائلون بحل أكل لحم الخيل فإذا امتنع الناس اليوم من أكلها لعدم استطابة نفوسهم لها لم يكن ذلك دليلاً على التحريم لورود النصوص المصرحة بالحل فمن طابت نفسه بالأكل أكل ومن عافته نفسه امتنع.. والله تعالى أعلم،،،

المسألة الثانية حكم أكل لحم البغال^(١).

كما اختلف الفقهاء في حكم الخيل اختلفوا في حكم البغال أيضاً وحاصل خلافتهم على النحو التالي :-
١- ذهب ابن حزم الظاهري^(٢). والحسن البصري^(٣) إلى القول بحل أكل لحم البغال بخير كراهة.

(١) للبغال جمع كثرة لبغل وجمع للغة بغال والاثني بغله بالهاء والجمع بغلات مثل سبعة وسجلات مركب من الفرس والحصار وهو عقيم لا يولد له، له صبر الحمار وقوة الفرس، حياة الحيوان ٢/٢٢٦، شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٩٦.

(٢) المحلى ٧/٤٠٩، ٤١٠.

(٣) المجموع ٨/٩، الحاوي للماوردي ١٤٣/١٥، البحر الزخار ٥/٣٣٠.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا بعمومات القرآن الكريم :

- أ- قوله تعالى : « كلوا مما فى الأرض حلالاً طيباً » .
 ب- قوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » .

فعمومات هذه النصوص تدل على حل البغل حيث أنه لم يفصل تحريمه ولا ورد نص يعتد به بتحريمه^(١) فالنصوص جاءت بتحريم الحمار والبغل ليس حماراً وما جاء من نص بتحريمه كحديث جابر الآتى فهو منقطع لا يصلح للاحتجاج به على تحريم البغال ثم إنه مروى عن طريق أبى الزبير أنه سمع من جابر ولم يذكر البغال فلم يكن فيه دلالة على تحريم البغال فبقى البغل داخلاً فى عمومات القرآن القاضية بالإباحة.

٢- وذهب المالكية فى رواية^(٢) إلى القول بكراهته قياساً على الحمير الأهلية حيث عندهم قول بكراهتها.

ويستدل لهذه الرواية بما استدلوا به على كراهة الحمر الأهلية وسيأتى ذلك مفصلاً عند الحديث عن الحمر.

٣- وذهب جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين والفقهاء^(٣) إلى القول بحرمة لحوم البغال بل قد اعتبره البعض من الأمور المجمع عليها^(٤).

(١) يقول ابن حزم فى المحلى ٤٠٩/٧، لو صح عندنا فى البغل نهى لقننا به.

(٢) للشرح الكبير مع المصطفى ١١٧/٢، المنتقى ١٣٣/٣، بداية المجتهد ٤٦٩/١.

(٣) البدائع ٣٧/٥، الهداية مع الفتوح ٥٠١/٩، المنتقى ١٣٣/٣، المجموع ٨/٩، المغنى

٥٨٧/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٩٧/٣، السيل الجرار ٩٧/٤، البحر الزخار

٣٣٠/٥.

(٤) البدائع ٣٨/٥.

وقد استدل الجمهور لمذهبهم هذا من القرآن والسنة والمعقول ، أما القرآن فقد استدلوا بقوله تعالى : ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾

فنذكر الله الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة، ونذكر الأنعام للركوب والأكل، فلما لم يذكر الأكل في البغال والحمير دل على أنه لم يخلقها لذلك وإلا بطلت فائدة التخصيص^(١).
وأما السنة فقد استدلوا :

بما روى عن جابر قال: " حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر لحوم الحمير إلا نسية ولحوم البغال " وفي رواية " نبأنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل^(٢) .

دل الحديث على حرمة لحم البغال حيث نهو عنها والنهي يفيد التحريم .

وأما المعقول فقد استدلوا به على النحو التالي :
أن البغال متولدة من الحمير حيث إنها نتاج الخيل مع الحمير والمتولد من الشيء له حكمه في التحريم .
قال قتادة ما البغل إلا شيء من الحمار^(٣) .

(١) وهذا دليل الحنفية والمالكية وكل من قال بكراهة لحم الخيل أو حرمة وقد سبق.
(٢) سنن أبي داود رقم ٣٧٩٩، رقم ٣٨٠٩، للحاكم في المستدرک ٢٣٥/٤، وقال صحيح على شرط مسلم، نيل الأوطار ١١٦/٨، نصب للراية ١٩٧/٤، الطحاوی ٢٠٤/٤.

(٣) المغنی ٥٨٧/٨.

ولأن اجتماع الحظر والإباحة يوجب تغليب الحظر على الإباحة فوجب فى البغل أن يغلب تحريم الحمار على إباحة الخيل وهكذا حكم كل متولد من بين مأكول وغير مأكول التحريم تغليباً لحكم التحريم على التحليل^(١).

المناقشة والترجيح:

بعد ذكر الأقوال والأدلة تبين لنا أن السبب فى هذا الخلاف راجع إلى أمرين :

الأول : تعارض دليل الخطاب فى قوله تعالى : ﴿والخيل و البغال والحمر لتركبوها وزينة﴾ وقوله فى الأنعام: ﴿لتركبوا منها ومنها تأكلون﴾ مع الآية الحاصرة للمحرمات: ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً﴾.

فمفهوم الخطاب منها يدل على أن المباح فى البغال هو الركوب مع قياس البغل على الحمار^(٢).

الثانى : هو الخلاف فى صحة الأحاديث المروية فى النهى عن لحوم البغال.

فمن ترجح عنده صحة بعض هذه الآثار قال بحرمة وقوى الآثار بالقياس على الحمر ومن ترجح عنده عدم صحتها قال بالحل وأهمل النصوص العامة الدالة على الإباحة المطلقة.

وبناء عليه فإننى أرى أن الآثار إن صحت بالنهى عن لحوم البغال فالعمل بها أولى من القياس وحديث جابر الذى

(١) الحاوى الكبير للماوردى ١٥/٤٣١.

(٢) بداية المجتهد ١/٤٦٩.

استدل به الجمهور صححه ابن حبان لكن رده ابن حزم بأنه منقطع كما رده بأنه قد روى من طريق أبي الزبير أنه سمع من جابر فلم ينكر البغال وعلى هذا فلو صح لم يكن فيه حجة لعدم ذكر البغال فيه.

فالذي أميل إليه هو القول الثاني القائل بكرامة لحوم البغال احتياطاً.

... والله تعالى أعلم ،،،

المسألة الثالثة : لحوم الحمير

الحمار منه ما هو أهلي، ومنه ما هو وحشي وقد اختلف حكم كل منهما من حيث الحل والحرمة وبيان ذلك على النحو التالي :

أولاً: لحوم حمر الوحش^(١).

لا خلاف بين أهل العلم^(٢) في أن لحم حمار الوحش حلال ولو تأنس إلا ما روى عن طلحة بن مصرف أنه إذا تأنس واعتلف فهو بمنزلة الحمار الأهلي^(٣) قال أحمد وما ظننت أنه

(١) حمار الوحش يسمى للفراء وهو شديد الغيرة قيل إنه يعمر مائتي سنة وأكثر ، وألوانه مختلفة والأحذية أطولها عمراً وأحسنها شكلاً - حياة الحيوان ٤٣٦/٣.

(٢) البدائع ٣٩٨/٥، الشرح الكبير مع النسوقي ١١٥/٢، الأم ٢٤٢/٢، ٢٥١، الحاوي ١٤١/١٥، شرح المنتهى ٣٩٨/٣، المحطى ٤٠٦/٧، السيل الجرار ، البحر الزخار ٣٣١/٥، ٩٩/٤.

(٣) يرى المالكية أنه إذا تأنس حرم فإذا نوحش بعد ذلك حل نظراً لأصله - الشرح الكبير مع النسوقي ١١٧/٢.

روى في هذا شئ وليس الأمر كما قال وأهل العلم على خلافه لأن الظباء إذا تأنست لم تحرم والأهلي إذا توحش لم يحل.

أما أدلتهم على حل حمار الوحش فهي كثيرة نذكر منها:

١- من القرآن قوله تعالى: ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾^(١).

وقوله ﴿ كلوا من طيبات ما رزقناكم ﴾^(٢).

ولحم الحمار الوحشى من الطيبات فكان حلالاً

بنص القرآن.

٢- من السنة أدلة كثيرة منها:

أ- سئل رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الأهلية

فقبل نعم فأمرهم بإزالتها. وفي رواية نهى رسول الله ﷺ

يوم خيبر عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية^(٣).

وجه الدلالة أن النبي ﷺ لما سألهم عن الأهلية وأفردوا

بالحكم دل على اختلاف بينها وبين الوحشية فى الحكم والأهلية

حكمها الحرمة فكان الوحشى منها حلالاً.

ب- روى أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ومعه حمار وحش عقره

فقال هذه رميتى يا رسول الله وهى لك فقبله النبي ﷺ وأمر

أبا بكر فقسمه بين الرفاق^(٤) ولو كان محرماً لبين له ذلك

ولما قبله منه ولما أمر أبا بكر بقسمته بين الرفاق.

(١) بعض آية ١٥٧ ، من سورة الأعراف.

(٢) بعض آية ١٧٢ ، من سورة البقرة .

(٣) نصب الرأية للزيلعى ١٩٧/٤ ، سبل السلام ١٢٦/٣ ، فتح البارى ٥٥٠/٧ .

(٤) الحديث فى نيل الأوطار ٢١/٦ ، شرح معانى الآثار للطحاوى ١٧٢/٢ ، ابن ماجه

١٠٣٣/٢ .

ج- ما روى عن أبي قتادة قال : بينما أنا مع رسول الله ﷺ عام الحبيبية وقد أحرم من أحرم من أصحابي ولم أحرم فإذا أنا بحمار وحشى فحملت عليه فطعنته برمحى فصرعته فأكلنا من لحمه ثم لحقت رسول الله ﷺ فقلت أصبت حماراً وحشياً وعندي منه فأكله وقال للقوم وهم محرمون كلوا فأكلوا^(١).

فهذا الحديث نص فى حل الحمار الوحشى لأن النبى ﷺ أكل منه وهذا يبطل كل احتمال^(٢).

ثانياً : لحوم الحمر الإنسية^(٣).

اختلفت الفقهاء فى حل أكل لحم الحمر الأهلية - الإنسية على قولين :

القول الأول: ذهب إليه مالك فى رواية^(٤) وهو قول بشر المريسي^(٥). وهو مروي عن عائشة وابن عباس^(٦) وهو قول عكرمة وأبو وائل ويروى عن غالب بن الحر^(٧) وروى

(١) قال أبو عيسى حسن صحيح الترمذى ٢٣٥/٢، فتح البارى ٤٥٧/٩.

(٢) الحاوى ١٤١/١٥.

(٣) الحمر الإنسية - الحمر جمع حمار ويجمع أيضاً على حمر وأحمره والأنثى أتان وحماره بالهاء نادر والإنسية بكسر الهمزة وسكون اللون منسوبة إلى الإنسى ويقال فيه أنسية بفتحين وقيل هى بضم ثم سكون من الأنس الذى هو ضد الوحشة- وسميت بذلك لأنها تألف البيوت . حياة الحيوان ٤٠٨/٣، شرح الزرقانى على النوطا ٩١/٣، فتح البارى ٥٧٠/٩.

(٤) المنتقى ١٣٣/٣.

(٥) المبسوط ٢٣٢/١١، العنقية ٥٠١/٩ البدائع ٣٣/٥.

(٦) المجموع ٦/٩، المغنى ٥٨٦/٨، البحر الزخار ٣٣١/٥.

(٧) المغنى ٥٨٦/٨.

عن سعيد بن جبیر ^(١) لا بأس بأكل لحم الحمر الإنسية وروى عن مالك أنه يجيزها مع الكراهة .
أدلتهم على الجواز : القرآن والسنة والقياس .
أولاً القرآن :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَى إِلَىٰ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً ... أَلَخَ .
فلم يذكر في الآية الحمر الإنسية فكانت حلالاً
بظاهر الآية

روى عن ابن عباس أنه تلا الآية وقال ما خلا هذا فهو حلال .

ثانياً : استدلالهم من السنة :

استدلوا من السنة بما يأتي :

أ- روى عن غالب بن الحر قال: أصابتنا سنة فلم يكن في مالى ما أطعم أهلى إلا سمان حمر فأتيت رسول ﷺ فقلت إنك حرمت لحوم الحمر الأهلية وقد أصابتنا سنة قال أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل أنها جوالى القرية ^(٢) يعنى الجلالة فقد دل هذا الحديث على حل أكل لحم الحمر الإنسية حيث أباح له النبى ﷺ أن يطعم أهله منها ثم بين أن علة التحريم هى أنها تأكل العذرة فعند انتفاء العلة تحل .

(١) الحاوى ١٥/١٤١ .

(٢) فتح البارى ٩/٥٧٣، سبل السلام ٤/٧٣، نصب الرأى ٤/١٩٧ .

ب- وروى عن أم نصر المحاربة أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن الحمر الأهلية فقال ليس ترعى الكلاً وتأكّل الشجر؟ قال نعم قال فأصّب من لحومها^(١).

ثالثاً: استدلالهم من القياس :

استدلوا لقولهم من القياس بما يلي :

أ- قياس الحمار الأهلي على الحمار الوحشي فإنه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشي مأكول فالأهلي من جنسه مأكول كالإبل والبقر وغيرها وما لا يكون أهليه مأكول فوحشيه لا يكون مأكولاً كالكلب والسنور^(٢).

ب- أن هذا حيوان مركوب ذو حافر فلم يكن محرماً كغيره من ذوى الحافر من الحيوان^(٣).

القول الثاني : وذهب إليه أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم^(٤).

إن لحوم الحمر الأهلية حرام حتى قال ابن عبد البر لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريمها.

أدلتهم :

وقد استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من السنة نذكر منها:

(١) فتح الباري ٥٧٣/٩، سبل السلام ٧٤/٤.

(٢) الميسوط ٢٣٢/١١.

(٣) المنتقى ١٣٣/٣.

(٤) البدائع ٣٧/٥، ٣٨ بداية المجتهد ٤٦٩/١، الأم ٢٥١/٣، المجموع ٨١٧/٦/٩، المنقلى ٥٨٦/٨، ٥٨٧ المبدع ١٩٤/٩، المحلى ٤٠٦/٧، ٤٠٧، ٤٠٨، السيل الجرار ٩٨/٤، فتح الباري ٥٧٣/٩، سبل السلام ٧٣/٤.

- أ- روى عن أبي ثعلبة الخشني قال حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر لحوم الحمر الأهلية^(١).
- ب- عن البراء بن عازب قال : نهانا رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الإنسية نضيجاً ونيئاً.
- وفي رواية أمرنا النبي ﷺ في غزوة خيبر أن نلقى الحمر الأهلية نيئة ونضيجة^(٢).
- ج- عن ابن عمر قال : إن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية^(٣).
- د- عن ابن أبي أوفى قال نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر^(٤).
- هـ- عن علي قال نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خيبر ولحوم الحمر الإنسية^(٥).
- كل هذه الروايات وغيرها كثير يدل على تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية بل إن في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ أمرهم بإزاحة ما في القنور من لحوم الحمر.
- روى عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ جاءه جاء فقال أكلت الحمر ثم جاءه جاء فقال أكلت الحمر ثم جاءه جاء فقال أفنيت الحمر فأمر منادياً فنادى في الناس إن الله ورسوله ينهاتكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس فأكنفت القنور وإنها لتفبور باللحم^(٦).

(١) نيل الأوطار ١١٣/٨، فتح الباري ٥٧٠/٩.

(٢) نيل الأوطار ١١٣/٨، ابن ماجه ١٠٦٥/٢، الفتح ٥٥١/٧.

(٣) فتح الباري ٥٥٠/٧، ٥٦٩/٩.

(٤) للمصنفين السابق ١٧٥٠/٩، ابن ماجه ١٠٦٥/٢.

(٥) فتح الباري ٥٧٠/٩، الترمذی ٣١٠/٣، وقال حسن صحيح .

(٦) ابن ماجه ١٠٦٦/٢، سبل السلام ٣٥/١، فتح الباري ٥٣٤/٧، ج ٩ ص ٥٧٠.

وروى عن زاهر الأسلمي قال إنني لأوقد تحت القدور بلحوم الحمر إذ نادى مناد أن رسول الله ﷺ ينهاكم عن لحوم الحمر^(١).

فالنتهي في هذه الرواية دليل على أن تحريمها لعينها وليس لسبب آخر كقتلة الظهر لأنه أمرهم بكفء القدور بعد ما صار لحماً وذلك ليس فيه منفعة الظهر وليس لأنها تهبه لم تخمس كما قال البعض فإنه للقائمين على الغنيمة حق تناول منها قبل التخمين كالطعام وليس التحريم لأنها حوالى القرية لأن الدجاج أكل منها للعنزة ولم يحرم . فإذا ثبت هذا علمنا أنها حرمت البتة ويؤيد هذا قوله ﷺ إنها رجس^(٢).

قال ابن عبد البر^(٣) روى عن النبي ﷺ تحريم الحمر الأهلية على وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وجابر والبراء وعبد الله بن أبي أوفى وأنس وزاهر الأسلمي بأسانيد صحاح وحسان وقال أحمد^(٤) خمسة عشر من أصحاب النبي ﷺ كرهوها والمراد كراهة تحريم .

من هذه الروايات التي بلغت مبلغ التواتر تبين لنا جليا حرمة أكل لحوم الحمر الإنسية يقول ابن حزم^(٥) بعد أن ساق العديد من الروايات فهذا نقل تواتر لا يسهل أحد خلافه ويقول

(١) يراجع نيل الأوطار ١١٣/٨ .

(٢) المبسوط ٢٣٢/١١ .

(٣) المغني ٥٨٧/٨ ، نيل الأوطار ١١٥/٨ .

(٤) المغني ٥٨٦/٨ .

(٥) المحلى ٤٠٦/٧ ، ٤٠٧ .

الشوكاني^(١): " ولحوم الحمر الأهلية حرام بالسنة المتواترة والقاتل بطلها مخالف لما تواتر عن رسول الله ﷺ ."

ويقول الطحاوي^(٢) لولا تواتر الحديث عن رسول الله ﷺ بتحريم الحمر الأهلية لكان النظر يقتضي حلها لأن كل ما حرم من الأهلي أجمع على تحريمه إذا كان وحشياً كالخنزير والحصار الوحش حلال باجماع فكان النظر يقتضي حل الحمار الأهلي .

المناقشة والترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة يتبين لنا واضحاً وجلياً أن الرأي الأولي بالاتباع هو قول الجمهور القائل بحرمة أكل الحمار الأهلي لما ساقوه من أدلة من السنة بلغت حد التواتر مما يجعلها صالحة لتخصيص عموم الآية التي استدل بها ابن عباس. ولهذا يقول الشوكاني^(٣) إذا لم يصلح لتخصيص عموم الآية ما ثبت في السنة تواتراً لم يصلح شيء من السنة للاستدلال به للقطع بأن المتواتر منها هو أرفع درجاتها وأعلى مراتبها وما استلزم الباطل للمجمع على بطلانه باطل بالإجماع.

وأما أدلة الفريق الأول فيمكن مناقشتها على النحو التالي:
أ- إن الاستدلال بعموم الآية إنما يتم في الأشياء التي لم يرد النص بتحريمها وأما الحمر الإنسية فقد تواترت النصوص

(١) السيل الجرار ٩٨/٤ .

(٢) فتح الباري ٥٧٣/٩، شرح معاني الآثار ٤/

(٣) السيل الجرار ٩٨/٤ .

على تحريمها والتتصيص على التحريم مقدم على عموم التحليل وعلى القياس^(١).

ب- إن الآية: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَى إِلَىٰ مُحَرَّمًا﴾ مكينة وأحاديث التحريم متأخرة جداً فهي مقدمة عليها

ج- إن نص الآية خبر عن الحكم الموجود عند نزولها فإنه حينئذ لم يكن نزل في تحريم المأكول إلا ما ذكر فيها وليس فيها ما يمنع أن ينزل بعد ذلك غير ما فيها وقد نزل بعدها في المدينة أحكام بتحريم أشياء غير ما ذكر فيها كالخمر وكتحريم ما أهل لغير الله به والمنخقة ... الخ^(٢).

د- إن ابن عباس المروى عنه القول بالحل روى عنه أنه توقف في النهي عن الحمر هل كان لمعنى خاص أو للتأييد ؟ فقد روى عنه أنه قال لا أدرى أنهى عنه رسول الله ﷺ من أجل أنه كان حمولة الناس فكره أن تذهب حمولتهم أو حرمتها البتة يوم خيبر؟ قال في الفتح^(٣) وهذا التردد أصح من الخبر الذي جاء عنه بالجزم بالعلة المذكورة .

هـ- قولهم إن التحريم لكونها حمولة الناس مردود بأن الصحابة كانوا إلى الخيل أحوج منهم إلى الحمر ومع ذلك أباح لهم أكلها إذ كانت حلالاً.

و- حديث غالب بن الحر لا يصلح للاستدلال لأن سنده ضعيف ومثته شاذ مخالف للأحاديث الصحاح ثم لو صح لحمل على الأكل منها حال الاضطرار أو يحمل على معنى بعه وأنفق

(١) نيل الأوطار ١١٤/٨، فتح الباري ٥٧٢/٩.

(٢) فتح الباري ٥٧٣/٩، المبدع ١٩٤/٩.

(٣) فتح الباري ٥٧٢/٩.

من ثمنه كما يقال أكل فلان عقاره أى من ثمنه ، ثم إنها واقعة عين لا عموم لها فلا حجة فيها ^(١) وهذا التردد أصبح من الخبر الذى جاء عنه بالجزم بالعلة المذكورة .

ز - أما حديث أم نصر المحاربية فلا يصح الاستدلال به أيضاً لأن فى سنده مقال ثم لو صح لحمل على أن ذلك كان قبل التحريم ^(٢).

ج - أما ما روى عن عائشة أنها استدلت على الحل بالآية فيحتمل أنه لم يبلغها التحريم ولو بلغها لقاتل به .

لا - أما استدلالهم بالقياس فمردود لأنه قياس فى مقابلة النص فكان باطلاً إذ لا قياس مع النص ، ولأنه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليلاً على الحل .

مما سبق يترجح لنا قول الجمهور بحرمة أكل لحم الحمار الأهلى لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة وضعف ما تمسك به المبيحون .

ألبان الحمر الأهلية :

بناء على قول الجمهور بحرمة أكل لحم الحمر الأهلية فإنه يحرم شرب ألبانها ولا يحل شئ منها إذ هى كلها محرمة ورخص فيها عطاء وطاوس والزهرى والأول أصبح لأن حكم الألبان حكم اللحم ^(٣) كما يحرم التداوى بألبانها لأن الله لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا ^(٤).

.. والله تعالى أعلم ،،،

(١) فتح البارى ٥٧٣/٩ ، نصاب الراية ١٩٨/٤ ، المجموع ٨/٩ ، المبسوط ٢٣٢/١١ .

(٢) فتح البارى ٥٧٣/٩ ، نيل الأوطار ١١٥/٨ .

(٣) المحلى ٤٠٤/٧ ، المغنى ٥٨٧/٨ ، شرح للكنز للعيني ٢٠٦/٢ ، الحاوى ١٤٣/١٥ .

(٤) المغنى ٦٠٥/٨ .

المبحث الثالث

بهيمة الأنعام^(١)

غلب استعمال الفقهاء للفظ النعم أو الأنعام على الإبل والبقر والغنم - سواء كانت مجتمعة أو منفردة ثم إنهم عندما يتحدثون عن الغنم فهي شاملة للضأن والماعز وعندما يتحدثون عن البقر فإنهم يعنون به البقر والجاموس أيضاً إذ لا فرق بين النوعين في كثير من الأحكام وبهيمة الأنعام سواء كانت من ذوات الخف أو من ذوات الظلف حلال كلها بلا خلاف بين أهل العلم^(٢) وسواء في ذلك الأهلى منها والوحشى الكل حلال بالاتفاق .

الأئمة :

أولاً: أدلة حل الأهلى من الأنعام . هي القرآن والإجماع.

(١) البهيمة ولحده البهائم - وهي كل ذات أربع قوائم وكل حي لا يميز لعدم وجود عقل له وعدم قدرتها على النطق يقال استبهم الأمر استغلق : التفسير الكبير ٥/٥٤٦، مختار الصحاح ٦٨، سبل السلام ١/٢٨، النظم المستعذب ١/٢٤٦، والنعم ولحده الأنعام وهي للمال الراعية - وهي جمع لا واحد له من لفظه وأكثر ما يقع على الإبل ويجمع نعم على نسيان أيضاً مثل حمل وحملان - وقيل النعم الإبل خاصة والأنعام ذوات الخف والظلف وهي الإبل والبقر والغنم - وقيل الأنعام تطلق على هذه الثلاثة مجتمعة فإن لفردت الإبل فهي نعم - وإن لفردت البقر والغنم لم تسم نعماً - وسميت الأنعام بذلك للين مشيتها، للمصباح ٢/٨٤٣، المعجم الوسيط ٢/٩٧٣، للجامع لأحكام القرآن ٣/١٣٣..

(٢) المبسوط ١١/٢٢٠، البدائع ٥/٣٧، الشرح الكبير مع الدرر المنجى ٢/١١٥، للمجموع ٩/٣، للمهذب ١/٢٤٦، المبدع ٩/١٩٩، المضي ٨/٥٩٠، البحر الزخار ٥/٣٣٤.

أ- أدلة القرآن : كثيرة نذكر منها :

١- قوله تعالى: ﴿أَو لَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَاماً فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ وَذَلَّلْنَاهَا لَهُمْ فَمِنْهَا رَكُوبُهُمْ وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ﴾ (١).

٢- قوله تعالى: ﴿وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَشٌ كُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾ (٢) وفي الحمولة والفرش وجهان :-

الأول: الحمولة ما تحمل الأثقال والفرش ما يفرش للذبح أو ينسج من وبره وصوفه وشعره للفرش.

الثاني : الحمولة الكبار التي تصلح للحمل والفرش الصغار كالفصلان والمجايل لأنها دائية من الأرض بسبب صغر جرمها (٣).

وقد أمتن الله على عباده أن خلق لهم من الأنعام الحمولة والفرش وجعله لهم رزقاً وأباح لهم الأكل منه.

٣- ﴿اللَّهُ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَنْعَامَ لَتُرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ (٤).

فقد بينت الآية أن الله جعل لنا الأنعام لننتفع منها بتأكلها وتربكها والحمل وغير ذلك من المنافع ولو لم تكن حلالاً لما أمتن الله بها.

(١) سورة يس ٧١، ٧٢.

(٢) الأنعام ١٤٢.

(٣) التفسير الكبير ٦/٦٠٦.

(٤) غافر ٧٩.

٤- ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾ (١).

هذه الآية وإن كانت محتملة لأن يكون المراد إحلال الانتفاع بجلدها أو عظمها أو صوفها أو لحمها أو إحلال الانتفاع بالأكل إلا أنه إذا أُضيفت إلى قوله تعالى : ﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ مِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ (٢) تبيّن أن المراد بقوله تعالى : ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾ هو إباحة الانتفاع بها من كل هذه الوجوه (٣).

٥- ﴿وَيَذْكُرُونَ اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ (٤). دلت الآية على إباحة الأكل من بهيمة الأنعام التي ذكر عليها اسم الله عند ذبحها.

والآيات في إباحة وإحلال الأكل من بهيمة الأنعام كثيرة .

الإجماع :

أجمعت الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم على حل الأكل من هذه الحيوانات ولم يخالف في ذلك أحد. كما أن الناس لا يزالون يأكلون لحومها ويبيعونها في الجاهلية والإسلام (٥).

(١) بعض آية رقم ١ من سورة المائدة .

(٢) النحل آية ٥ .

(٣) التفسير الكبير ٥/٥٤٨ .

(٤) الحج آية ٢٨ .

(٥) المصادر السابقة .

ثانيا : أدلة حل الوحشى من بهيمة الأنعام :-

استدل الفقهاء على حل الوحشى من الأنعام بالقرآن والسنة :

فمن القرآن :

أ- دخول الوحشى فى عموم الأدلة السابقة والدالة على

حل بهيمة الأنعام حيث لم تفرق بين ما هو أهلى منها

وما هو وحشى.

ب- كما استدلوا على حل الوحشى من الأنعام بما يلى :

١- ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات ﴾ ^(١).

٢- قوله تعالى : ﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾.

٣- قوله تعالى : ﴿ كلوا من طيبات ما رزقناكم ﴾ ^(٢).

وجه الاستدلال من كل هذه النصوص هو أن لحوم

هذه الحيوانات من الطيبات فكانت داخلة فى عموم

الآيات فتكون مما أحله الله تعالى .

ومن السنة :

استدلوا بما روى أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ ومعه

حمار وحشى عقره فقال هذه رميتى يا رسول الله وهى

لك فقبله النبى ﷺ وأمر أبا بكر فقسمه فى الرفقة.

فهذا الحديث وإن كان وارداً فى حمار الوحش لكن

إحلال الحمار الوحشى أحلال للظبى ولبقرة الوحش ولإبل

الوحش من طريق الأولى لأن الحمار الوحشى ليس من

(١) بعض آية ٤ من سورة المائدة .

(٢) بعض آية ١٧٢ من سورة البقرة .

جنسه من الأهلى ما هو حلال بل هو حرام وهذه الأشياء من جنسها من الأهلى ما هو حلال فكانت حلال من باب الأولى^(١).

وبناء على ما سبق فإن ما كان من جنس بهيمة الأنعام وهو وحشى فهو حلال كله إذ لا فرق بين الوحش بجميع أنواعه من الإبل والتيتل والوعل والمها وغيرها من الصيد كلها مباحة وتقدى فى الإحرام. والجاموس الوحشى كله حلال إذ لا فرق. كما إن إبل الوحش كلها حلال وسواء ما كان منها عرباً أو بختاً الكل حلال إذ لا فرق والظبا كلها حلال وإن استؤنست وهذا كله مجمع عليه ليس فيه خلاف^(٢).

بعد أن فرغنا من الحديث عن بهيمة الأنعام - المستأنس منها والوحشى أردنا أن نتبعها بالحديث عن الزرافة والأرنب وغيرها من ذوات الأربع وإن لم تكن من بهيمة الأنعام إتماماً للفائدة ولمعرفة الحكم الشرعى فيها من حيث الحل والحرم.

١- الزرافة: (٣)

للفقهاء فى الزرافة قولان :

الأول: ذهب إليه الشافعية فى الأصح ورواية أبى الخطاب عن أحمد^(٤). إن الزرافة محرمة .

(١) بدائع الصنائع ٣٩٠/٥.

(٢) المصدر السابق ، الشرح الكبير ١١٥/٢ ، الام ٢٤٦/٢ ، شرح المنتهى ٣٩٨/٣ .

(٣) الزرافة حيوان حشبي تنبى من رتبة الحافريات عتقها طويل ورجلاها أقصر من يديها، ويحمل الرأس قرنين قصيرين ويغطيها الجلد - فى الذكر والإنثى - وجسمها مبقع ببقع كبيرة حمرة-أو-صفرة أو بكتاء تجتر وتبعر . حياة الحيوان ٦٦٠ ، المعجم الوسيط ٤٠٦/١ .

(٤) المجموع ٢٧/٩ ، قليوبى ٢٥٨/٤ ، المغنى ٥٩١/٨ ، المبدع ٢٠٠/٩ ، شرح المنتهى ٣٩٨/٣ .

ووجهه أنها متولدة بين مأكول وغير مأكول فيطلب فيها جانب الحرمة .

الثاني وهو قول للشافعية والحنابلة في المذهب (١) أن الزرافة حلال.

واستدلوا : بعموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾ وقوله ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ وَلَمْ يُفَصِّلْ تَحْرِيمَ الزَّرَافَةِ فَكَانَتْ حَلَالًا ﴾ .

ولأنها دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول من عنقه وجسمها ألطف من جسمه وأعلى منه وذلك لا أثر له في تحريمها.

والقول بالحل هو ما أميل إليه حيث لم يرد في الزرافة نص بالتحريم فكانت باقية على أصل الحل داخلية في عموم الأدلة المبيحة .

ثانياً : حكم الأرنب (٢).

يرى عامة العلماء من الصحابة والتابعين والفقهاء حل أكل الأرنب سواء البري منه والداجن ولم يحك تحريمها أو القول بكراهتها إلا عن عمرو بن العاص (٣) وعبد الله بن عمر

(١) ولأحمد رواية ثالثة بالتوقف في حكم الزرافة - يراجع المصادر السابقة .

(٢) هو حيوان ثديي منه البري والداجن كثير التوالد سريع الجري يدها أقصر من رجله جمعه أرانب والأرنب اسم جنس للذكر والأنثى ويقال للذكر أيضاً الخرز وللأنثى عكرشة والصغير خرنق يطأ الأرض على مؤخر قوائمته ، ينام مفتوح العين، المعجم لوسيط ١/١٨٨، فتح الباري ٩/٥٧٨، حياة الحيوان ٤/٥٠.

(٣) يروي عن عمرو بن العاص القول بالتحريم - المغني ٨/٥٩١.

من الصحابة وعكرمة من التابعين وابن أبي ليلى من الفقهاء (١) وهو قول للزينية (٢) والهادوية (٣).

وقد احتج من قال بالكراهة أو التحريم بما يلي :-

أ- روى عن خزيمة بنت جزء قالت قلت يا رسول الله ما تقول في الأرنب قال لا آكله ولا أحرمه قلت ولم يا رسول الله قال نبئت أنها تنمى (٤).

فامتناع النبي ﷺ عن أكلها دليل على تحريمها أو كراهيتها وهو المدعى .

ب- روى عن جرير بن أنس أنه سأل النبي ﷺ عن الأرنب فقال لا أكلها أنبئت أنها تحيض (٥).

فقد دل الحديث على ما دل عليه الحديث السابق وهو حرمة أو كراهة الأرنب بدليل امتناع النبي ﷺ عن الأكل.

ويستدل لما ذهب إليه عامة العلماء (٦) على حل الأرنب بغیر كراهة بما يلي :

(١) يروى عنهم القول بالكراهة - فتح الباری ٥٧٩/٩، المحلى ٤٣٣/٧، نيل الأوطار ١٢٢/٨، سبل السلام ٧٦/٤.

(٢) يقولون بالكراهة أيضاً . السيل الجرار على حقائق الأثرار ١٠١/٤، ١٠٢.

(٣) سبل السلام ٧٦/٤.

(٤) قال في الفتح ٥٧٩/٩، سننه ضعيف ، ابن ماجة ١٠٨١/٢.

(٥) المحلى لابن حزم ٤٣٣/٧.

(٦) المبسوط ٢٣٠/١١، الهداية وفتح القدير ٥٠٢/٩، الشرح الكبير مع حاشية

الدمسوقي ١١٥/٢، الحاوي الكبير ١٣٩/١٥، المذهب ٢٤٧/١، شرح المحلى مع

قليوبي ٢٥٨/٤، المغنى ٥٩١/٨، ٥٩٢، المبدع ٢٠٠/٩، المحلى لابن حزم

٤٣٣/٧، السيل الجرار ١٠١/٤، وما يليها .

أ- قوله تعالى: ﴿وَحِلَّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ والأرنب حيوان مستطاب ليس بذى ناب اشبه الطيبى فكان داخلا فى عموم الآية ولقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ والأرنب ليس مما حرم علينا فكان حلالا.

ب- وبما روى عن أنس قال أنفجنا - أى أثرنا - أرنبا ونحن بمر الظهران فسعى القوم قلغبوا ودركتها فأخذتها فجئت بها إلى أبى طلحة فذبحها فبعث بوركها أو قال بفخذها إلى النبى ﷺ فقبلها (١).

ج- روى عن عائشة قالت أهدى إلى رسول الله ﷺ أرنب وأنا نائمة فخبأ لى منها العجز فلما قمت أطعمنى (٢).

د- روى عن محمد بن صفوان أنه صاد أرنبين فذبحهما بمروتين فأتى رسول الله ﷺ فأمر بأكلهما (٣).

هـ- روى عن أبى هريرة قال جاء أعرابى إلى رسول الله ﷺ بأرنب قد شواها ومعها صناياها وألمها فوضعها بين يديه فأمر رسول الله ﷺ فلم يأكل وأمر أصحابه أن يأكلوا (٤).

(١) حديث حسن صحيح - الترمذى ٣٠٧/٣، ٣٠٨، السنن لأبى داود رقم ٣٧٩١، السنن للنسائى رقم ٤٣٢٣، ابن ماجه ١٠٨٠/١، التلخيص للذهبى مع المستدرک ١١٢/٤.

(٢) ضعيف بيزيد بن عياض - فتح البارى ٥٧٩/٩، نصب الراية ٢٠١/٤، سنن الدارقطنى .

(٣) سنن الترمذى ١٤٨/٣، للنسائى برقم ٤٣٢٤، المستدرک للحاكم ٢٣٥/٤، صححه ابن ماجه ١٠٨٠/٢.

(٤) نيل الأوطار ١٢١٨، فتح البارى ٥٧٩/٩، نصب للراية ١٩٩/٤.

فقد دلت كل هذه الروايات وأكثرها صحيح على حل أكل الأرنب حيث إن في بعضها التصريح بأكل النبي ﷺ منها ولو كانت حراماً ما أكل وفي بعضها أنه أمر أصحابه بالأكل ولو كان حراماً ما أباح لهم ذلك . كما استدلوأ لحل أكل الأرنب من المعقول بأنه ليس من المباع ولا من آكلات الجيف أشبه الطبى فكان حلالاً.

والذى أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه عامة العلماء من القول بحل أكل الأرنب لقوة أدلتهم وضعف ما تمسك به القائلون بالكراهة أو التحريم .

وبيان ضعف ما تمسكوا به على النحو التالى :-

أ- حديث خزيمة بنت جزء لا يصلح للاحتجاج قال ابن حجر (١) سنده ضعيف .

ثم لو سلم صحته لم يكن فيه دليل على الكراهة لأن إمساك النبي ﷺ يمكن أن يكون راجعاً لسبب من الأسباب كعدم الإلف لأكلها أو عدم انبعاث الشهية للأكل.

ب- أما حديث جرير فلا يصلح للاحتجاج أيضاً قال ابن حزم (٢) .
حديث جرير من طريق عبد الكريم أبو أمية وهو هالك.

ثم لو صح لم يكن فيه دليل على الكراهة فضلاً عن التحريم لأن النبي ﷺ قد يكرهها خلقة لا لإثم فيها، أو أن عدم أكله ﷺ راجع لأن نفسه عافته، فلم يكن فى امتناعه ﷺ دليل على ما قالوه .
... والله تعالى أعلم ،،،

(١) فتح البارى ٥٧٩/٩.

(٢) المحلى ٤٣٣/٧.

الوير : (١).

اختلف الفقهاء في حل الوير وحرمة على قولين:
القول الأول : وهو للشافعية في وجهه (٢) ورواية
 القاضي من الحنابلة (٣) وقد حكاه صاحب المغنى عن أبى
 حنيفة ومحمد (٤).

أن الوير حرام ويستدلون لذلك بقياسه على السنور، وبأنه
 من المستخبات وقد قال الله تعالى: ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾.
القول الثاني : وبه قال الجمهور من العلماء - المالكية (٥)
 والشافعية في أصح الوجهين (٦) والحنابلة في المذهب (٧) وبه
 قال أبو يوسف من الحنفية (٨) وابن حزم (٩) وعطاء وطاووس
 ومجاهد وغيرهم (١٠).

أن الوير حلال بغير كراهة وبه قال الزيدية (١١).

- (١) الوير دويبة على قدر السنور مثل الجرذ إلا أنه أبلب منها وأكبر طحلاء اللون
 وهي كحلاء نجله من جنس بنات عرس ليس لها ذنب - شرح للكنز ٢/٢٠٣،
 الشرح الكبير ٢/١١٥، النظم للمستعذب ١/٢٤٧.
- (٢) المجموع ١١/٩، ١٢، المهذب ١/٢٤٧.
- (٣) المغنى ٨/٥٩٢، المبدع ٩/١٩٨، ١٩٩.
- (٤) وقد خالف صاحب للكنز ٢/٢٠٣، ابن قدامة في هذا النقل حيث قال - ولم يرو
 فيه شيء عن أبى حنيفة .
- (٥) الشرح الكبير ٢/١١٥.
- (٦) المجموع ١١/٩، ١٢، الام ٢/٢٤١.
- (٧) للمبدع ٨/١٩٨، ١٩٩، المغنى ٨/٥٩٢.
- (٨) شرح للكنز ٢/٢٠٣.
- (٩) المحلى ٧/٤١٠.
- (١٠) المغنى ٨/٥٩٢.
- (١١) البخر للزخار ٥/٣٣١.

وأدلتهم على ذلك ما يلي :

- أ- قوله تعالى: ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ .
 - ب- قوله تعالى: ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾ والوبر من الطيبات ولا يزال الناس يصيدونه ولو كان مستخبثاً ما صاده فإذا ثبت أنه من الطيبات كان حلالاً وهو المطلوب.
 - ج- أن الأصل الإباحة وعموم النصوص يقتضيها ولم يرد في الوبر تحريم فيجب إباحته.
 - د- أنه يفدى في الحرم والإحرام وما يفدى إذا صيد في الحرم والإحرام فهو حلال لأن المحرم لا يفدى إذا قتل أو صيد في الحرم.
 - هـ- أنه يشبه الأرنب في أنه يعتلف البقول والنبات والأرنب حلال فيقاس عليه.
 - و- أنه ليس من ذوات الأنياب التي تفرس فلا يقاس عليها.
- والذي أميل إليه هو قول الجمهور القائل بحل الوبر لقوة أدلتهم ولم يرد نص بالتحريم فيبقى على أصل الحل ويكون داخلاً في عموم قوله تعالى: ﴿ كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً ﴾.
- ... والله تعالى أعلم ،،،

المبحث الرابع

أكل ذى الناب من السباع^(١).

نوات الناب أنواع كثيرة منها ما يعدوا بنابه ويفترس به الإنسان والحيوان، ومنها ما لا يعدوا على الناس ولا يفترس ومنها ما قل جسمه كالهر واليربوع، ومنها ما ضخ جسمه كالفيل والدب والأسد، وقد اختلفت آراء العلماء فى أكل لحوم السباع عامة ما بين مبيح ومحرم ومكرة.

ثم بعد ذلك اختلفوا فى بعض الحيوانات هل هى داخله فى جملة السباع أو هى خارجة عنها حسب اختلافهم فى العلة التى من أجلها نهى عن أكل لحوم هذه الحيوانات.

وذلك يقتضينا أن نتحدث أولاً عن آراء العلماء فى لحوم السباع ثم ثانياً فى خلاف الفقهاء فى العلة التى نهى عن السباع من أجلها ثم ثالثاً نذكر آراءهم فى بعض الحيوانات على سبيل التفصيل .
فنقول وبالله التوفيق:

(١) للنا ب هو اللسن الذى خلف اليربعية، وجمعه أنياب، قال ابن سينا لا يجتمع فى حيوان واحد ناب وقرن معاً. نيل الأوطار ١١٦/٨، شرح الزرقاني على الموطأ ٩٠/٤.

أما السبع بضم الباء واسكانها فهو واحد للسباع وجمعه أسبع وسباع وهو الحيوان المفترس قول سمي سباعاً لأنه يمكث فى بطن أمه سبعة أشهر ولا تلد الأنثى أكثر من سبعة أولاد، ولا ينزو للذكر على الأنثى إلا بعد سبع سنين من عمره.
حياة الحيوان ٦٧٢، مختار الصحاح ٢٨٣.

أولاً: آراء العلماء في أكل لحوم السباع:

اختلفت آراء العلماء في أكل لحوم السباع على ثلاثة أقوال:

القول الأول : وهو مروى عن ابن عباس وعائشة وابن عمر وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير^(١) أن لحوم السباع حلال.

واستدلوا لقولهم هذا بعموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أُوحًى إِلَىٰ مُحَرَّمَ عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ ۚ ﴾.

فقد دلت الآية على أن المحرم هو ما ذكر فيها فيبقى ما عداه على أصل الحل ومن جملة ذلك السباع.

كما استدلوا بقوله تعالى ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنْزِيرِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۚ ﴾.

فقد حصرت الآية المحرمات في هذه الأربعة بأنما التى تفيد الحصر فكان ما عداها غير محرم ومن جملة ذلك السباع.

القول الثانى : وذهب إليه المالكية فى المشهور^(٢).

إن لحوم السباع كلها على الكراهة^(٣).

أدلتهم : استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

(١) نيل الأوطار ١١٦/٨، فتح البارى ٥٧٤/٩، سبل السلام ٧٢/٤، المغنى ٥٨٧/٨.

(٢) المنتقى ١٣٠/٣، ١٣١، النسوى والشرح الكبير ١١٧/٢، بداية المجتهد ٥٦٨/١.

(٣) ولأصحاب مالك المذنبين قول ثالث بالتفريق بين ما يعدوا كالأسد والنمر فيحرم

وبين ما لا يعدوا كالضبع والهر والثعلب فيكره - شرح الزرقانى على الموطأ ٩١/٣.

١- قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ... الْآيَةَ﴾ ولحوم السباع ليست مما تضمنته الآية فوجب أن لا يكون محرماً لكن نفى الحرمة لا يقتضى الحل عيناً بل يحتمل الكراهة أيضاً فأحتيط لذلك.

٢- روى أن رسول الله ﷺ نهى عن كل ذى ناب من السباع^(١). أن النهى فى الحديث محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين الآية منعاً للتعارض ولأن الحديث لا دليل فيه على التحريم لاحتمال أن أكل مصدر مضاف إلى الفاعل فيكون كقوله تعالى: ﴿وَمَا أَكَلِ السَّبْعُ﴾ فيكون المراد النهى عن أكل ما تبقى مما أكله السبع من الحيوان.

القول الثالث: وبه قال الجمهور من أهل العلم^(٢).

أن لحوم السباع ذوات الأنياب حرام^(٣).
أدلتهم : واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلى :

أ- روى عن أبى ثعلبة الخشنى أن رسول الله ﷺ قال كل ذى ناب من السباع فأكله حرام^(٤).

(١) شرح الزرقانى على الموطن ٩٠/٣، ٩١، صحيح البخارى مع الفتح ٥٧٣/٩، الترمذى ١٥٢/٣، وقال حسن صحيح.

(٢) الهداية مع الفتح ٤٩٩/٩، المبسوط ٢٢٠/١١، المجموع ٩/٩، ١٧، شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩/٤، للحاوى ٩٣٦/١٥، للمبدع ٩/٩، ١٩٥، للمغنى ٨/٨، ٥٨٨، المحلى ٣٩٩/٧، وما بعدها، السيل الجرار ٩٤/٤، سبل السلام ٧٢/٤، فتح البارى ٥٧٤/٩، نيل الأوطار ١١٦/٨، لبحر الزخار ٣٢٩/٥.

(٣) وهى رواية ابن وهب وابن عبد الحكم عن مالك نصاً وهى ظاهر مذهب الموطأ - ورجحها ابن عبد البر . للزرقانى على الموطأ ٩١/٣، بداية المجتهد ٤٦٨/١.

(٤) الموطأ مع شرح الزرقانى ٩٠/٣، الطبرانى الكبير ٥٤٩/٢٢، ٥٦٦، المسند لأحمد ١٧٥٠، البيهقى ٣١٥/٩.

ب- عن ابن عباس قال : نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير^(١).

ج- عن جابر قال : حرم رسول الله ﷺ يعنى يوم خيبر الحمر الإنسانية ولحوم البغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير^(٢).

د- روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "أكل كل ذى ناب من السباع حرام"^(٣).

دللت هذه الروايات على حرمة أكل ماله ناب من السباع- إذ ورد بعضها بصيغة النهى وهو يفيد التحريم ما لم يصرفه صارف وفى بعضها نص على تحريم الأكل بما لا يدع مجالاً للشك ولا يسمح بالتأويل.

ثم إن هذه الروايات وإن كان فى بعضها مقال إلا أن منها ما هو صحيح ثابت مجمع على صحته فيصلح لتخصيص عموم الآيات التى يتمسك لها المبيحون أو القائلون بالكراهة.

هـ- أن هذه الحيوانات مستخبئة إذ من طبعها الانتهاب فلا بد من ظهور أثر ذلك فى خلق أكلها وإذا ثبت أنها مستخبئة كانت حراماً بنص قوله تعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾.

و- أن هذه السباع تأكل الجيف ولا تستطيعها العرب فكانت محرمة لذلك.

(١) نصب الرأية ١٩٢/٤ ابن حبان فى صحيحه رقم ٥٢٧٨، الترمذى ١٥٢/٣.

(٢) حسن غريب الترمذى ١٥٢/٣، صحيح مسلم ١٩٤١.

(٣) الموطأ مع شرح للزرقانى ٩١/٣، نصب الرأية ١٩٣/٤، صحيح مسلم ١٤٧/٢.

المناقشة والترجيح:

رد الجمهور^(١) استدلال القولين الأول والثاني بالآية بما يلي:

أ- أن آية الأنعام مكية وحديث أبي هريرة بعد الهجرة - فهو ناسخ لها عند من يرى جواز نسخ القرآن بالسنة.

ب- أن الآية خاصة بالثمانية الأزواج من الأنعام حيث خرجت مخرج الرد على من حرم بعضها كما ذكر الله قبلها من قوله تعالى ﴿وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة للذكورنا ومحرم على أزواجنا ..﴾ الآية ف قيل فى الرد عليهم ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ..﴾ الآية .

أى أن الذى أحللتموه هو المحرم والذى حرمتموه هو الحلال وأن ذلك افتراء على الله.

وعلى هذا تكون الآية واردة فى الكفار الذين يحلون الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ويحرمون كثيراً مما أباحه الشرع فكأنه قيل ما حرم إلا ما أحللتموه مبالغة فى الرد عليهم^(٢).

ج- وإن سلم أن الآية ليست فى الرد على الكفار وأنها خطاب مع المؤمنين فهى محمولة على أنه لم يكن محرماً فى ذلك الوقت إلا ما ذكر فيها ثم حرم الله بعد ذلك غير ما ذكر فيها

(١) فتح البارى ٥٧٤/٩، سبل السلام ٧٢/٤، الزرقانى على النوطا ٩١/٣.

(٢) يمكن أن يجاب عن هذا بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب نيل الأوطار

فليس في الآية نفي تحريم ما سيأتي كتحريم كل ذي ناب من السباع وغيره مما ورد النهي عنه بعدها.
أما ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن النهي في الحديث محمول على الكراهة لأنه نهى تنزيهه.
فقد أجاب الجمهور عنه بما يلي :

أ- أن حمل النهي على التنزيه ضعيف لا يعضده دليل؛ لأن النهي للتحريم مالم يصرفه عنه صارف - وهنا لم يأت ما يصرفه عن التحريم .

ب- ثم إن النهي يعرف المراد به عند النظر فيما ورد فيه فإن ورد على ما في ملكك فهو نهى إرشاد كالنهي عن الأكل بالشمال وإن ورد على ما ليس في ملكك فهو نهى تحريم كالنهي عن قتل ما أسكر كثيره واستباحة الحيوان من هذا القسم فكان النهي عن أكل كل ذي ناب على التحريم وليس على التنزيه أو الإرشاد فصله على الكراهة ضعيف لا يعضده دليل.

الترجيح :

مما سبق من عرض الآراء وأبطلتها ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا أن سبب الخلاف في تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع هو معارضة الكتاب للأثر فظاهر قوله تعالى ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَى إِلَىٰ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ﴾ .. الآية يقتضي أن ما عدا المذكور فيها حلال وظاهر أحاديث النهي عن لحوم السباع يقتضي أنها محرمة فمن حمل أحاديث

النهي على الكراهة جمع بين الآية وبين حديث نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع بأن النهى المذكور للكراهة. لكن يمنع من هذا الجمع ما ورد في حديث أبي هريرة أكل كل ذي ناب من السباع حرام حيث لا يمكن حمله على الكراهة^(١) فالراجح الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الجمهور من أن لحوم السباع حرام لأن أحاديث النهى قد تضمنت زيادة على ما في الآية فوجب العمل بها.

إذ كثير من الأحكام قد ثبتت بالسنة زيادة على ما ورد به القرآن وهذا منها.

ثانياً: الخلاف في علة التحريم :

بعد أن رجحنا ما ذهب إليه الجمهور من القول بحرمة لحوم السباع بقى أن نبين خلافهم في علة التحريم هل هي مجرد الناب أم هي الافتراس والتعدى فنقول وبالله التوفيق: اختلف الفقهاء في ذلك على عدة أقوال وبيانها كالتالى :

القول الأول : وذهب إليه الظاهرية^(٢)

كل ذي ناب من السباع فأكله حرام كأن مما يعدوا على الناس ويفترس أولاً كان مما يعيش بأنيابه ويعتمد عليها أولاً لحديث أكل ذي ناب من السباع حرام. ولم يستثنوا من ذلك إلا الضبع حيث وردت النصوص بطلها.

(١) بداية المجتهد ٤٦٨/١.

(٢) المحلى ٤٠٠/٧، وما بعدها.

ولعل السبب في مسلك الظاهرية هذا أنهم لا يقولون بالقياس فلا يبحثون عن علل الأحكام فما دل ظاهر النص على حرمة فهو حرام وما دل ظاهر النص على حله فهو حلال.

القول الثاني الحنفية^(١).

وذهبوا إلى أن السبع هو كل مختطف أو منتهب^(٢) جراح

قاتل عاد عاده

فالمراد بذى الناب هو ما يقصد بنابه ويدفع به وإن لم يبتد بالعدوى أو عاش بغير أنيابه، وعلى هذا فالأسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والنسور والكلب والذئب والقرد والفيل واليربوع وغيرها من ذوات الناب من السباع داخلة في عموم النهي.

القول الثالث: وذهب إليه الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) وبه قال الليث وأصحاب مالك المدنيين^(٥).

أن السبع هو ماله ناب يعدو به ويصول على غيره ويصطاد ويعدو بطبعه غالباً لأنه لو كان المراد تحريم السباع كلها لقال أكل السباع حرام فنذكر الناب في الحديث قرينة على أن المراد به ناب يعدو به ويفترس وإلا لما كان لذكر الناب فائدة إذ جميع السباع ذات أنياب وعلى

(١) المبسوط ٢٢٥/١١، فتح القدير ٢٠٠/٩.

(٢) المختلف هو السبع من الطير والمنتهب هو السبع من البهائم، المصادر السابقة.

(٣) المذهب ٢٤٨/١، الحاوري الكبير ١٣٧/١٥.

(٤) المغني ٥٨٧/٨.

(٥) شرح الزرقاني على الموطأ ٩٠/٣.

هذا فالذى يحرم من السباع هو العادى كالأسد والفهد والنمر أما غير العادى كالضبع والثعلب فلا يحرم.
القول الرابع : وهو للمروزي^(١).

أن السبع هو ما كان عيشه بأنيابيه.
فلا يحرم عنده إلا الأسد والفهد والنمر لأنها التى تعيش بأنيابها.

مما سبق يتضح لنا أن أعم العلل علة أبى حنيفة وأوسطها علة أصحاب القول الثالث وأخصها علة المرووي.
ثالثاً آراء الفقهاء فى بعض السباع تفصيلاً

ذكرنا خلاف الفقهاء فى حكم السباع عامة وما اعتبر علة التحريم عند من حرّمها.
وهالك ذكر بعض السباع وآراء الفقهاء فيها على
جهة التفصيل:

أولاً: الأسد والفهد والنمر والذئب :

لا خلاف بين العلماء القائلين بتحريم كل ذى ناب من السباع فى تحريم هذه الحيوانات لأنها قد اجتمع فيها
العلل الثلاث^(٢).

فهى تعدو بأنيابها وتصول على غيرها من الحيوان والإنسان وتعيش بفريسة أنيابها ولأنها داخله فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع.

(١) الحاوى الكبير ١٥/١٣٧.

(٢) البدائع ٣٩/٥، شرح المحلى على المنهاج ٤/٢٥٩، المجموع ٩/٢، ٣ المغلى

٥٨٨/٨، المحلى ٧/٤٠٠، البحر الزخار ٥/٣٢٩.

ومما يلحق بهذه الحيوانات فى الحرمة الكلب غير أن المالكية لهم رواية بكراهة السباع عامة بما فيها الذئب والكلب والراجع عندهم فى الكلب التحريم^(١) أما أدلة الجمهور على التحريم فهي عموم أدلة النهى عن أكل كل ذى ناب وقد سبق بيانها تفصيلاً.

وفى تحريم الكلب نفس أدلة النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع إذ هو سبع ذو ناب فكان داخلها فيها وهناك أدلة أخرى فى تحريم الكلب نوردها فيما يلى :-

أ- روى عن النبى ﷺ قال : " خمس يقتلن فى الحل والحرم " وذكر منها الكلب العقور^(٢).

فالأمر بقتله دليل على حرمة؛ لأن النبى ﷺ قد نهى عن إضاعة المال فلو جاز أكلها ما حل قتلها كما لا يحل قتل ما يؤكل كالأنعام .

ب- روى عن عثمان بن عفان قال اقتلوا الكلاب وانبحوا الحمام فقد فرق بينها فأمر بقتل ما لا يؤكل ونبح ما يؤكل^(٣).

ج- روى عن النبى ﷺ قال ثمن الكلب خبيث^(٤) فإذا ثبت أنه خبيث كان حراماً بقوله تعالى : ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾.

د- روى عن الشعبي أنه سئل عن رجل يداوى بلحم كلب فقال لا شفاه الله وهذا يدل على أنه يرى حرمة^(٥).

(١) حاشية الدسوكى والشرح للكبير ١١٧/٢.

(٢) قال الترمذى حسن صحيح ٢٣١/٢ ، ابن ماجه ١٠٣١/٢.

(٣) للمطلى ٤٠٠/٧.

(٤) الحديث قال عنه الترمذى ٣٨/٣ ، ٣٩ ، حسن صحيح ، مسلم رقم ٤٠.

(٥) المغنى ٥٨٨/٨.

الضبع : (١).

وهو من السباع ذات الناب اختلف الفقهاء فى حكمه على النحو التالى :

أولاً: الحنفية^(٢) ورواية عن مالك^(٣) وبه قال الثورى وسعيد بن المسيب^(٤) والهادوية^(٥) والزيدية^(٦) أن الضبع حرام لا يؤكل .

أدلتهم : استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة نذكر منها:

أ- روى عن خزيمة بن جزء قال : سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع فقال أو يأكل الضبع أحد فيه خير وفى رواية ومن يأكل الضبع^(٧).

(١) الضبع اسم يقع على المذكر والمؤنث فإذا أفردت المذكر قلت ضبعان بكسر الضاد والآنثى ضبعانة والجمع ضبعان وضباع وهو جنس من السباع من الفصيلة الضبعية ورتبة اللوامح، أكبر من الكلب وأقوى، كبير الرأس قوى الفكين، مولع بنيش القبور لكثرة شهوته للحم بنى آدم يضرب العرب به المثل فى الفساد . المعجم الوسيط ٥٥٤/١، النظم المستعذب ٢٤٧/١، حياة الحيوان ٧٩٣/٥، وما بعدها.

(٢) المبسوط ٢٢٥/١١، الحنفية مع فتح القدير ٤٩٩/٩، البدائع ٣٩/٥.
(٣) سبق أن ذكرنا أن عن مالك ثلاث روايات فى السباع عموماً هذه إحداها والمشهور عنهم كراهة السباع بما فى ذلك الضبع. للزرقانى على الموطأ ٩١/٣، المنتقى للبايى ١٣٠/٣، ١٣١.

(٤) المغنى ٦٠٤/٨.
(٥) سبل السلام ٧٧/٤.
(٦) البحر الزخار ٣٣٠/٥.

(٧) قال الترمذى ٣٠٩/٣، ٣١٠، ليس إسناده بالقوى ولا نعرفه إلا من حديث إسماعيل بن مسلم عن عبد الكريم بن أمية وهما ضعيفان، ابن ماجه ١٠٧٨/٢، نصب الرأية ١٩٣/٤.

دل الحديث على أن الضبع غير مأكول اللحم حيث أن النبي ﷺ تعجب ممن يأكل الضبع وأن من يأكله لا خير فيه، ولو كان حلالاً ما تعجب الرسول ﷺ من ذلك.

ب- روى أن رجلاً من بني سعد بن بكر قال سألت سعيد بن المسيب أن ناساً من قومي يأكلون الضبع فقال إن أكلها لا يحل وكان عنده شيخ أبيض الرأس واللحية فقال الشيخ يا عبد الله ألا أخبرك بما سمعت من أبي الدرداء يقول فيه قلت: نعم قال: سمعت أبا الدرداء يقول: نهى الرسول ﷺ عن الخطفة والنهبة والمجئمة^١ وأكل كل ذي ناب من السباع^(٢).

ج- ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع^(٣).

والضبع سبع ذو ناب فكان داخلاً في عموم الأدلة القضائية بالنهي عن لحوم السباع وتحريمها.
د- أن الضبع سبع ذو ناب يقتل فكان كالذئب.
هـ- أن الضبع مستخثب باعتبار ما فيه من القصد إلى الأذى فكان داخلاً في عموم قوله تعالى: ﴿وحرّم عليهم الخبائث﴾.

(١) المجئمة بضم الميم وفتح الجيم وتشديد المثناة هي كل حيوان ينصب ويقتل فهو نوع من المثلة . نيل الأوطار ١١٥/٨، الأثر للطحاوي ٨٥/٢.

(٢) نصب للرأية ١٩٣/٤، المسند لأحمد، وعند الترمذی ٣١١/٣، حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر كل ذي ناب من السباع والمجئمة: الأثر للطحاوي ٨٥/٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه .

ثانيا: الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) وبه قال الظاهرية^(٣) والشوكاني^(٤).
وهو مروى عن علي بن أبي طالب وابن عباس وسعد
وابن عمر وأبى هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة وإسحاق
وأبو ثور وغيرهم^(٥) أن الضبع حلال.
أدلتهم : استدلت أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه
بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عمارة قال قلت
لجابر الضبع أصيد هي قال: نعم، قلت: أكلها قال: نعم، قلت:
أقاله رسول الله ﷺ قال: نعم^(٦).

وفى رواية عن جابر سألت رسول الله ﷺ عن الضبع
فقال: هي صيد ويجعل فيه كبش إذا صلاؤه المحرم^(٧) ففى
الروایتين دليل على حل أكل الضبع.
أما الرواية الأولى ففيها التصريح بجواز الأكل وجواز
الأكل دليل الحل.

وأما الرواية الثانية ففيها التصريح بأن الضبع صيد وأنه
يفدى بكبش إذا صاده المحرم .

(١) المجموع ٩/٩، الأم ٢/٢٤٩.

(٢) شرح المنتهى ٣/٣٩٦، المبدع ٩/١٩٦، المغنى ٨/٦٠٤، ٦٠٥.

(٣) المحلى ٧/٤٠١، وما بعدها.

(٤) السيل الجرار ٤/٩٥.

(٥) المغنى ٨/٦٠٤، المجموع ٩/٩، المحلى ٧/٤٠١.

(٦) قال أبو عيسى حسن صحيح، الترمذى ٢/٢٣٧، ابن ماجه ٢/١٠٧٨، أبو داود

٣٨٠١.

(٧) صححه الحاكم فى المستدرک، ابن ماجه ٢/١٠٣١، شرح معاني الآثار ٢/١٦٤.

فإيجاب الفدية على المحرم إذا صاده دليل على حل أكله
لأن الصيد اسم للمأكول لأن غير المأكول لا يسمى صيدا.
ب- روى عن أبي هريرة أنه سئل عن الضبع فقال: نجعة من
الغنم^(١).

ج- روى عن عروة قال ما زالت العرب تأكل الضبع ولا ترى
بأكلها بأساً^(٢).

د- روى عن عطاء قال ضبع أحب إلى من كبش^(٣).

هـ- روى عن الشافعي قال ما زال الناس يأكلونها ويبيعونها بين
الصفاء والمروة من غير نكير^(٤).

و- أن العرب تستطيه وتمدحه والمستطاب حلال لقوله تعالى:
﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾.

ز- ولأنها ليست من ذوات الأنياب حتى تدخل في عموم النهي
عن كل ذي ناب فقد قيل إن جميع أسنانها عظم واحد
كصفحة نعل الفرس^(٥).

ح- وإن سلم أنه سبع ذو ناب فهو لا يعدو على الناس مكابرة
فلم تتحقق فيه علة النهي^(٦).

(١) المحلى ٤٠١/٧.

(٢) المغنى ٦٠٤/٨.

(٣) المحلى ٤٠١/٧.

(٤) نيل الأوطار ١٢٢/٨، الأم ٢٤٩/٢.

(٥) المغنى ٦٠٥/٨، نيل الأوطار ١٢٢/٨.

(٦) هذا الاستدلال يتمشى مع تعريف الحائلة والشافعية للسباع المحرمة وقد سب
(الأم ٢٤٩/٢).

المناقشة :

بعد هذا العرض للأراء والأدلة كان لزاماً علينا أن نذكر اعتراضات كل فريق على أدلة الفريق الآخر حتى يتبين لنا القول الراجح ووجه رجحانه فنقول:

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور :

ناقش الحنفية ومن وافقهم أدلة الجمهور بما يلي :

أ- أما حديث جابر فيناقش من أوجه:

الأول: أنه حديث غير مشهور عورض بحديث النهي عن كل ذي ناب من السباع وهو خبر مشهور فكان العمل بالمشهور أولى لأنه أقوى.

الثاني : قال ابن عبد البر هذا الحديث معلول بعبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عمارة فلا ينتهض للاحتجاج به على حل الضبع خاصة وقد عورض بما هو أقوى منه.

الثالث: ثم إنه لو سلم بصحته فإنه يحمل على أن ذلك كان في زمن الابتداء ثم انتسخ بعد ذلك لأن الحرمة ثابتة شرعاً فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة.

ب- أما استدلالهم على حل أكله بأنه صيد فيجيب عنه:

بأنه لا خلاف في كونه صيد لكن الصيد اسم للممتع المتوحش في أصل الخلقة ولو لم يكن مأكولاً.

ج- أن حديث النهي عن أكل كل ذي ناب محرم وحديث جابر في حل الضبع مبيح والمحرم يقدم على المبيح عند التعارض احتياطاً وتغليظاً لجانب الحرمة .

مناقشة الجمهور لأدلة الحنفية :

• أما الجمهور فقد ناقشوا أدلة الحنفية ومن وافقهم بما يلي :
 أ- أما حديث خزيمة بن جزء والذي جاء فيه أو يأكل الضبع أحد
 ومن يأكل الضبع فهو مردود لا يصلح قال ابن حزم: (١) وأما
 الخبر فروى عن إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف وابن أبي
 المخارق ساقط وحبان بن جزء مجهول وبمثل هذا قال
 الشوكاني والصنعاني (٢).

وإن سلم أنه صالح للاحتجاج لم يكن فيه حجة على
 التحريم لأنه ليس فيه تحريم أصلاً، وإنما فيه تعجب ممن يأكل
 الضبع فقط (٣).

ب- أما حديث النهي عن السباع فيجاب عنه بما يلي :

١- أن الذي نهى عن السباع هو الذي أحل الضباع وهذا وذاك
 لا تحل مخالفته (٤).

٢- قولهم إن حديث النهي عن السباع مشهور قوى وحديث
 إباحة الضبع لا يقوى على معارضته مردود بأن ذلك ليس
 معارضة بل تخصيص ولا يعتبر في التخصيص كون
 المخصص في رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم
 الكتاب بأخبار الأحاد.

ثم إن حديث النهي عام وحديث الحل خاص والخاص يقدم
 على العام.

(١) المحلى ٤٠٠/٧، وما بعدها.

(٢) نيل الأوطار ١٢٢/٨، سبل السلام ٧٧/٤.

(٣) المحلى ٤٠٠/٧، وما بعدها.

(٤) المحلى ٤٠٠/٧.

ج- قولهم إن حديث جابر معلول بعبد الرحمن بن أبي عمارة
مردود قال الشوكاني^(١) وهم ابن عبد البر فإن عبد الرحمن
بن عبد الله بن أبي عمارة ثقة مشهور وثقة جماعة من
الحفاظ ولم يتكلم فيه أحد.

ذكر الذيلعي^(٢) بعد أن ساق الحديث قال الترمذي حديث
حسن صحيح وقال في علله قال البخاري حديث صحيح.

الترجيح :

بعد ذكر الأقوال والأدلة تبين لنا أن الحنفية ومن وافقهم
يستدلون بعموم الأدلة القاضية بالنهاي عن كل ذي ناب من
السباع وبأنها من المستحبات.

والشافعية ومن وافقهم يستدلون بحديث جابر
والقاضي بحل أكل الضبع وبأن الضبع من الحيوانات
المستطابة عند العرب.

والذي أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه أصحاب القول
الثاني القائلين بحل الضبع حيث صح به الحديث كما سبق أن
ذكرنا ولقول ابن حجر^(٣) بعد أن ذكر الحديث رواه أحمد
والأربعة وصححه البخاري وابن حبان وإذا صح الحديث صلح
أن يكون مخصصا لعموم الأدلة المحرمة للحوم السباع.

(١) السيل الجرار على حدائق الأزهار ٩٥/٤.

(٢) نصب الراية ١٩٤/٤، للترمذي ٢٣٧/٢.

(٣) بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٧٧/٤.

فيحرم أكل كل ذي ناب من السباع إلا ما خص بدليل والضبع قد خرج من عموم النهي بهذا الحديث فحل. وأما الإستطابة فإن أصحاب القول الثانی قد ذكروا عن عروة قوله ما زالت العرب تأكل الضبع وعن الشافعي قوله ما زال الناس يأكلونها ويبيعونها بين الصفا والمروة من غير نكير ولو كان مستحباً ما أكلوه ولا باعوا لحمه وهؤلاء هم من تعتبر استطابتهم وإذا ثبت أنه مستطاب عند العرب الذين تعتبر استطابتهم رجح لنا القول بالحل لدخوله في قوله تعالى: ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾ . والله تعالى أعلم ،،

ثالثاً الفيل: (١).

من الحيوانات ذات الناب وقد اختلف الفقهاء في حكمه على النحو التالي :-
أ- المالكية في رواية (٢).

يكره أكل الفيل لأنه سبع ذو ناب وقد نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع فدخل في عموم النهي إلا أن هذا النهي ليس نهى تحریم بل هو نهى تنزيه فيحمل على الكراهة. وقد سبق تقرير مذهب المالكية في كراهة أكل كل ذي ناب من السباع.

(١) الفيل جمعه افيال وافيول وفيلة والفيلة ضربان فيل ووزندبيل وبعضهم يقول الفيل الذكر والذندبيل الأنثى والذكر ينزوا إذا مضى له من العمر خمس سنين وزمان نزوه الربيع والأنثى تحمل سنتين ولا ينزوا عليها إلا بعد ثلاث سنين من الوضع ولا تلد إلا في الماء لأنها تلد كاتمة . حياة الحيوان ١٠٤٩/٦ .
(٢) الموسقى والشرح الكبير ١١٧/٢ .

٢- الحنفية ^(١) والمالكية في رواية ^(٢) والشافعية في المذهب ^(٣) والحنابلة ^(٤).

وذهبوا إلى أن الفيل حرام لا يحل أكله.

واستدلوا لمذهبهم هذا بما يلي:

أ- أنه سبع ذو ناب فنخل في عموم النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع والنهي للتحريم كما هو قول الجمهور.
ب- أنه مستخبط فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾.

ج- روى عن الحسن أنه قال هو مسخ والمسخ من الخبائث فكان محرماً.

وقال الإمام أحمد ليس هو من أطعمة المسلمين وكأنه يريد بذلك أنه ليس من الطيبات والله يقول: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾.

٣- المالكية في الرواية الثالثة ^(٥) وبه قال الظاهرية ^(٦) وهو قول الشعبي وابن شهاب ^(٧) وهو وجه عند الشافعية ^(٨) وذهبوا إلى أنه حلال.

واستدلوا لقولهم هذا بما يلي :

(١) الهداية مع فتح القدير ٤٩٩/٩، البدائع ٣٩/٥.

(٢) حاشية الدسوقي ١١٧/٢.

(٣) المجموع ١٤/٩، وما بعدها.

(٤) المغني ٥٨٩/٨.

(٥) حاشية الدسوقي ١١٧/٢.

(٦) المحلى ٤٠٣/٧.

(٧) المجموع ١٧/٩، للمغني ٥٨٩/٨.

(٨) قليوبي وشرح المحلى على المنهاج ٢٥٩/٤.

أ- أنه لا يعدو على الناس والحيوان ولا يتقوى بنابه فلم تتحقق فيه علة النهى .

ب- قال ابن حزم أنه ليس سبعاً ولا جاء فى تحريمه نص فيبقى على أصل الحل فيكون داخلًا فى عموم الآيات القاضية بالحل كقوله تعالى: ﴿ خلق لكم ما فى الأرض جميعاً ﴾ وقوله: ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ﴾ وقوله: ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ فكل شئ حلال إلا ما جاء نص بتحريمه ولم يأت فى الفيل نص يحرمه فهو حلال.

الترجيح :

مما سبق يتبين لنا أن خلاف الفقهاء فيه مرجعه إلى عدم ورود نص صريح يحله أو يحرمه وكل منهم قد اعتمد على عموم النصوص فالمحرمون له اعتمدوا على عموم حديث النهى عن كل ذى ناب من السباع والمبيحون اعتمدوا على عموم النصوص القاضية بحل ما فى الأرض جميعاً ما لم يفصل تحريمها.

وبناء عليه، فإننى أميل إلى ترجيح القول الثالث القائل بحل أكل الفيل لعدم ورود نص يحرمه وأما حديث النهى عن السباع فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه لم يثبت أن الفيل من السباع فهو وإن كان ذا ناب إلا أنه لا يعيش به ولا يعدو به على الحيوان فهو يأكل العشب ولا يأكل اللحم فلم تتحقق فيه علة النهى التى سبق أن ذكرنا خلافهم فيها.

وأما قولهم: إنه ليس من أطعمة المسلمين فلأن ذلك مرجعه إلى أنه لا يعيش في جزيرة العرب فلم يأكلوه لذلك لا كون حراماً.

وأما قولهم إنه مسخ فقد سبق أن عرفنا أن المسخ لا نسل له فيكون قولاً غير صحيح.

والله تعالى أعلم ،،

رابعاً الدب : (١).

ومن الحيوانات التي اختلف الفقهاء في حكمها الدب وحاصل اختلافهم ينحصر في الأقوال الآتية :-
أ- المالكية في المشهور من المذهب (٢).

أنه مكروه كغيره من السباع وقد سبق ذكر أدلتهم على كراهة السباع عموماً.

ب- الحنابلة (٣) إن كان ذا ناب يفترس به فهو محرم وإلا فهو مباح، لأن الأصل الإباحة ولم يتحقق وجود المحرم فيبقى على الأصل وشبهه بالسباع إنما يعتبر في وجود العلة المحرمة وهي كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فإذا لم يوجد ذلك كان داخلاً في عموم النصوص المبيحة.

(١) الدب سبع ذو شعر أسود طويل يكاد يصل الأرض أكبر من الكلب ومنه الأبيض أيضاً والأثني دبة وهو حيوان يحب العزلة فإذا جاء الشتاء دخل ولا يخرج حتى يطيب الهواء وهو مختلف الطباع فهو يأكل ما تأكله السباع وما ترعاه البهائم وما يأكله الناس وفي طبعه فطنة عجيبة فيقبل التلذيب لكنه لا يطيع معلمه بسهولة ،
النظم المستعذب ١/١٤٨، حياة الحيوان ٥٧٠.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية النسوي ١١٧/٢.

(٣) المغني ٨/٥٨٩.

ج- الحنفية^(١) ورواية عن مالك^(٢) وبه قال الشافعية^(٣) أنه محرم لا ياكل.

١- لأنه يأكل الجيف ولا تستطييه العرب فكان من الخبائث
فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾
٢- أنه سبع ذو ناب يعدو به على الناس فدخل في عموم النهي
عن أكل كل ذي ناب من السباع.

الفرجیح :

بعد العرض لآراء الفقهاء وبعض ما استدلوا به أرى أن
الراجح منها هو القول الثالث القائل بتحريم الدب لأنه سبع ذو
ناب يدعو به على الإنسان والحيوان غالباً فيدخل في عموم النهي
عن أكل كل ذي ناب.

أما قول الحنابلة بالإباحة فهو بسبب ترددهم فيه هل هو سبع أولا وإذا ثبت أنه سبع فإن قولهم فيه هو التحريم.

أما قول المالكية في المشهور أنه مكروه كبقية السباع فقد سبق الرد عليه فلا حاجة إلى إعادته.

.. والله تعالى أعلى وأعلم،،،

خامساً: السـنـور⁽⁴⁾.

هو الهر أو القط منه البري - المتوحش - والأهلي -
المستأنس، وقد اختلفت آراء الفقهاء في حكمه على النحو التالي:

(١) البدائع ٣٩/٥.

(٢) الدسوقي ١١٧/٢.

(٣) شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩، المذهب ٢٤٨/١.

(٤) هو بكسر السين وفتح اللز و هو الهر ويسمى للقط أيضاً وسمى هرا لما يحدث من صوت عندما يكره الشيء منه أهلى ويرى وجمعه سناتير وهو من الفصيلية السنورية ورتبة اللواح من خير مأكله الفأر والأهلى منه حيوان أليف. النظم المستعجب ٢٤٧/١، حياة الحيوان ٧١٤، للمعجم للوسط ٤٧٢/١.

أ- المالكية في المشهور^(١).

ان الهر يكره البرى والأهلى منه سواء.
وقد استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أُوحًى إِلَىٰ مُحَرَّمًا ..﴾ الآية
فليس الهر مما تضمنته الآية فوجب أن لا يكون محرماً وإنما كره لمكان الخلاف بين العلماء.
ب- الحنفية^(٢) والمالكية في رواية^(٣) وابن حزم الظاهري^(٤) والزينية^(٥).

الهر حرام - البرى منه والأهلى سواء.
وقد استدلوا لذلك بما يلى :

١- روى عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهر وثمنها^(٦).

فهذا الأثر إن صحت نسبته إلى النبي ﷺ كان نصاً فى محل الخلاف وهو يدل على التحريم وإن لم تصح نسبته إلى النبي ﷺ فأقل أحواله أن يكون موقوفاً على جابر فيكون قولاً لصحابى والصحابى عندما يقول أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا فهو فى حكم المرفوع إلى النبي ﷺ.

(١) المنتقى ١٣٠/٣، وما بعدها شرح الزرقانى على الموطأ ٩١/٣.

(٢) البدائع ٣٩/٥.

(٣) شرح الزرقانى على الموطأ ٩١/٣.

(٤) المحلى ٤٠٠/٧.

(٥) البحر الزخار ٣٣١/٥.

(٦) قال الترمذى حديث غريب ٤١/٣، ابن ماجه ١٠٨٢/٢، أبو داود ٣٤٨٠ بلفظ

نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الهر.

٢- أنه سبع ذو ناب فيكون داخلاً في عموم النهي عن أكل كل ذى ناب من السباع فيكون حراماً.

ج- الشافعية^(١) أو الحنابلة^(٢).

يوافقون أصحاب القول الثاني في تحريم الهر الأهلئ ولهم فى البرئ قولين:

الأول: بالحل والثانى وهو الأصح التحريم.

وأدلتهم على التحريم هى أدلة القول الثانئ ويزاد عليها ما يلى :

١- أن الهر سبع ذو ناب فيكون داخلاً فى عموم النهئ عن كل ذئ ناب من السباع.

٢- أن الهر يصطاد بأنياه فتكون علة النهئ متحققه فيه.

٣- أنه يأكل الجيف فيكون من الخبائث والخبائث حرام لقوله تعالى: ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾

الترجيح :

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء تبين لنا أن الجمهور منهم على تحريم الهر البرئ منه والأهلئ سواء فى الراجع عندهم لدخوله فى عموم النهئ عن السباع وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه؛ لأن استدلال المالكية على الكراهة بعموم الآية سبق أن بينا أنه مردود لأن الآية خصصت بحديث النهئ عن السباع فلم يكن فى الآية حجة لهم وقد سبق تقرير ذلك ، أما التفريق بين الأهلئ والبرئ فلم يأت به دليل صحيح والكل ذو ناب فيبقى داخلاً فى

(١) الحاوى ١٥/١٤٠، المهذب ١/٢٤٧.

(٢) شرح المنتهئ ٣/٣٩٦، المبدع ٩/١٩٥.

عموم النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع ولأن الكل يفترس بنابه ويصطاد فتكون علة النهي متحققة فيهما على السواء.

والله تعالى أعلم ،،،

سادساً : الثعلب (١):

من الحيوانات التي لها ناب وقد اختلف الفقهاء في حله وحرمة على النحو التالي :-
المالكية في مشهور المذهب (٢).

يكره كغيره من السباع لأنه لا يعد على غيره ولا يصطاد فلا يحرم وإنما كره لمكان الخلاف أما الشافعية (٣) وهو رواية عن أحمد (٤) وبه قال عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة (٥) وقالوا.

يحل أكل الثعلب لما يلي :

أ- أنه يفدى في الإحرام والحرم وما يفدى إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل.

ب- أنه من الطيبات كانت العرب تستطيبه وتصيد ما كان مستطاباً عند العرب كان حلالاً لدخوله في عموم قوله تعالى : ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾ .

(١) الثعلب معروف والأثني ثعلبة والجمع ثعلباب وكنيته أبو الحصين وهو سبع جبان، مستضعف ذو مكر وخديعة ومن حيله أنه يتماموت وينتفخ بطنه ويرفع قوائمه حتى يظن أنه مات فإذا قرب الحيوان وثب عليه وصاده، حياة الحيوان ٢/٢٨٩، ٢٩٠.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/١١٧.

(٣) المجموع ٩/١٠، الأم ٢/٢٤٤، الحاوي ١٥/١٣٩.

(٤) المبدع ٩/١٩٨، المغني ٨/٥٨٨.

(٥) المصدرين السابقين .

ج- أنه لا يتقوى بناه فأشبهه الأرنب، حيث لم تتحقق فيه علة النهى عن أكل كل ذي ناب من السباع.

أما الحنفية^(١) والمالكية في رواية^(٢) وأكثر الروايات عن أحمد^(٣) والظاهرية^(٤) وهو مروى عن أبي هريرة^(٥) والزهري^(٦) والزيدي^(٧).

أن الثعلب حرام لأنه ذو ناب يتقوى به ويعدو على غيره من الحيوان فكان داخلًا في عموم النهى عن كل ذي ناب من السباع.

روى عن الزهري قال الثعلب سبع لا يؤكل.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الأقوال والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح القول الثالث القائل بتحريم الثعلب لدخوله في عموم النهى.

أما قول الشافعية أنه لا يتقوى بناه فغير مسلم إذ كثيراً ما يعدو الثعلب على الطيور ويفترسها وهذا أمر معلوم بالمشاهدة لا يحتاج إلى دليل.

أما قولهم أنه مستطاب فإنه يرجع إلى الاستطابة وعدمها عندما لا يكون هناك دليل بالحل أو بالتحريم وهنا دليل بالتحريم وهو حديث النهى عن كل ذي ناب من السباع فلا أثر للاستطابة هنا.

(١) تكملة فتح القدير ٤٩٩/٩، البدائع ٣٩/٥.

(٢) حاشية الدسوقي ١١٧/٢.

(٣) المغني ٥٨٨/٨.

(٤) المحلى ٤٠٠/٧.

(٥) المغني ٥٨٨/٨.

(٦) المحلى ٤٠٠/٧.

(٧) البحر للزخار ٣٣٠/٥.

أما قولهم أنه يفدى إذا صاده المحرم فليس ذلك دليلاً على الحل أو الحرمة فالمحرم لو قتل سباعاً أو نحوه مما لا يؤكل يجب عليه الجزاء عند الحنفية فالصيد عندهم اسم للممتع المتوحش فيجاب الجزاء على المحرم لقتل الحيوان مطلقاً لا لكونه قتل حيواناً مأكولاً.

... والله تعالى أعلم،،

سابعاً: اليربوع : (١).

من السباع التي اختلف الفقهاء في حكمها اليربوع وحاصل خلافهم كالتالي :-

أ- المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة في المذهب وهو قول عطاء وأبو ثور وابن المنذر^(٤) والزيدية^(٥) يحل أكل اليربوع وقد استدلووا لذلك بأنه من الطيبات تصطاده العرب وتأكله فيكون داخل في عموم قوله تعالى : ﴿وَحِلَّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾.

١- أن عمر حكم فيه بجفرة^(٦) على المحرم إذا صاده ، وذلك يدل على أنه صيد مأكول.

٢- أن الأصل الإباحة ما لم يرد فيه تحريم ولم يرد في اليربوع تحريم فيكون باقياً على الأصل.

(١) اليربوع يفتح الياء حيوان طويل الرجلين قصير اليدين جداً وله ذنب كذنب الجرذ قيل أنه من نوع الفأر ، حياة الحيوان ١٣٥٩/٨ ، النظم المستعذب ٢٤٧/١.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الترمذى ١١٥/٢.

(٣) الحاوى ١٣٩/١٥ ، المجموع ١٠/٩ ، ١١.

(٤) المبدع ١٩٩/٩ ، المغنى ٥٩٢/٨.

(٥) البحر الزخار ٣١١/٥.

(٦) الجفرة من المعز ماله أربعة أشهر وهو الذى قوى على الأكل واتسع جوفه .

النظم المستعذب ٢٤٧/١.

٣- أن الله قد فصل لنا ما حرم علينا ولم يفصل لنا تحريم اليربوع فيكون باقياً على الأصل.

ب- الحنفية^(١) وهو رواية عن أحمد ويروى عن ابن سيرين والحكم وحماد^(٢) وذهبوا إلى تحريم اليربوع.

واستدلوا لذلك بأنه من المستحبات لاستبعاد الطباع السليمة إياه وإذا ثبت أنه من الخبائث كان محرماً لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ .

ولأنه من السباع الهوام التي تتقوى بنابها فكان داخل في عموم النهي عن كل ذي ناب من السباع ولأنه يشبه الفأر والفأر محرم فكان مثله .

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الأقوال والأدلة فإنني أميل إلى القول الثاني القائل بالتحريم؛ لأن اليربوع سبع مفترس ويتقوى بنابه فيعدو به على غيره من الحيوان فيكون داخل في عموم النهي عن السباع لتحقق العلة.

ثم إن الطباع السليمة تستبعده وتتقذره فكان داخل في عموم ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ ... والله تعالى أعلم،،،

ثامناً : النميس : (٣).

يرى المالكية في المشهور كراهته^(٤) كغيره من السباع التي تتقوى بنابها وتعدو به على غيرها من الحيوان ويرى

(١) المبسوط ٢٥٥/١١، الهداية مع فتح القدير ٤٩٩/٩، ٥٠٠.

(٢) المغنى ٥٩٢/٨.

(٣) النميس بنون مشددة مكسورة وبالسین المهملة في آخره دويبة عريضة كأنها قطعة قديد تكون بأرض مصر تقتل الذئبان وتأكله قصيرة اليدين والرجلين وفي ذنبها طول تصيد الفأر وتأكله قيل إن النميس هو ابن عرس - حياة للحيوان ١٢٨٩/٨، وما بعدها.

(٤) الشرح الكبير مع النسوي ١١٧/٢.

الجمهور^(١) حرمة لأنه ينهش بنباه ويعدو به على الدجاج فكان داخلا في عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع فيحرم ولأنه مستخبط غير مستطاب فيحرم.
وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه عملاً بعموم حديث النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع.
... والله تعالى أعلم،،

تاسعاً : القرد^(٢)

من الحيوانات التى ألحقها الفقهاء بالسباع ذوات الناب القرد وقد اختلف الفقهاء فى حكمه على قوله:
القول الأول : المالكية فى أظهر القولين^(٣).

أنه مكروه وقد احتجوا لذلك بعموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحَىٰ إِلَىٰ مُحَرَّمًا ﴾ ... الآية ، فالآية تدل على عدم حرمة لأنه لم يذكر فى المحرمات لكن مراعاة خلاف العلماء القائلين بالحرمة يقتضى كراهته.

القول الثانى : وذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) والظاهرية^(٧) والقول الثانى للمالكية^(٨)

(١) الهداية مع الفتح ٢٠٠/٩، حاشية صيره على شرح المحلى ٢٥٩/٤، المغنى ٥٨٨/٨.

(٢) القرد حيوان معروف وهو بكسر اللقاف وسكون الراء جمعه قروود وهو حيوان نكى سريع الفهم يتعلم الصنعة تلد للقردة فى البطن للوليد العشرة والأثنى عشر والذكر ذو غيره شديدة على الإناث وهو شبيه بالإنسان فى غالب حالاته . حياة الحيوان ١٠٧٧/٧.

(٣) ولهم قول ثالث بيلاحته مطلقاً - أو بيلاحته إن أكل الكلاً وإلا كان مكروهاً الدسوقي مع الشرح الكبير ١١٨/٢.

(٤) البدائع ٣٩/٥.

(٥) شرح المحلى مع قليوبي ٢٥٩/٤، المجموع ١٥/٩، ١٧.

(٦) المبدع ١٩٥/٩، المغنى ٥٨٨/٨.

(٧) للمحلى ٤٢٩/٧، ٤٣٠.

(٨) المنقى ١٣٢/٣، للشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١١٧/٢، ١١٨.

وهو مروى عن عمر وعطاء ومجاهد ومكحول والحسن وعكرمة^(١) أن القرد حرام لا يؤكل ولا يجوز بيعه.

واستلوا لذلك بما يلي :

أ- روى عن الشعبي أن النبي ﷺ نهى عن لحم القرد^(٢).
والنهي يفيد التحريم فكان القرد حراماً أكله وبيعه لأن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه.

ب- أن القرد سبع فيدخل في عموم النهي عن أكل كل ذي ناب من السبع ولأنه قد تحققت فيه علة النهي وهي كونه ذو ناب يعدو به على غيره.

ج- أنه ليس من بهيمة الأنعام.

د- أن الله قد مسخ ناساً عصاة عقوبة لهم على صورته والله لا يمسخ عقوبة في صورة الطيبات من الحيوان فصح أنه ليس منها، وإذا لم يكن من الطيبات كان من الخبائث لأنه ليس إلا طيباً أو خبيثاً فإذا لم يكن القرد طيباً كان خبيثاً والخبث محرم بقوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما استدل به كل فريق يتضح لنا أن متمسك المالكية في القول الأول بکراهة القرد هو عموم الآية وأنه ليس مما فصل تحريمه وتمسك الجمهور هو حديث الشعبي في النهي عن القرد وأنه ليس من الطيبات بل من الخبائث.

(١) المغنى ٥٨٨/٨، المجموع ١٥/٩.

(٢) الحديث لم أعثر عليه فيما وصلت إليه يدهي من مراجع.

فإن صح حديث الشعبي وجب المصير إليه والقول به
ويكون مرجحاً لما ذهب إليه الجمهور من تحريم القرد وإن لم
يصح فيرجح مذهب الجمهور أيضاً حديث النهي عن أكل كل
ذئ ناب من السباع والقرد من السباع التي تنقوى بالناب وتعدو
به فيكون الحديث مخصصاً لعموم الآية .

ثم إن القرد مما تستخبه الطباع السليمة فيكون داخلًا في
عموم الآية « ويحرم عليهم الخبائث » فالذي أميل إليه وأرجحه
هو ما ذهب إليه الجمهور من القول بتحريم أكل لحم القرد .
ومما يؤيد هذا الترجيح ما روى عن ابن عبد البر قال (١)
لا أعلم بين علماء المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يجوز
بيعه .

... والله تعالى أعلم،،،

المبحث الخامس

فى الطيسر

من الحيوان ما يطير بجناحيه ويرتفع فى الهواء، وهذه الطيور أنواع كثيرة منها ما يعدو على غيره من الطيور ويفترسه ومنها ما لا يعدو ومنها ما يأكل الجيف ويخبث غذاؤه، ومنها ما لا يأكل الجيف وإنما يأكل الحب أو العشب فلم يخبث غذاؤه ولا لحمه، ومنها ما هو مستخبث ومنها ما هو مستطاب. ولكى نعرف الحكم الشرعى فى كل هذه الأنواع فإننى ساقسم الطيور إلى قسمين : القسم الأول: ما يعدو على غيره وهو ذو المخلب ، والقسم الثانى : ما لا يعدو على غيره.

القسم الأول : ذو المخلاب من الطير (١).

وهى التى تعلق بمخالبها الشئ وتصيد بها.

وقد اختلف الفقهاء فى حكمها على قولين :

القول الأول : المالكية (٢) والليث والأوزاعى ويحيى بن سعيد (٣) أن الطيور بجميع أنواعها حلال فلا يحرم من الطير شئ ذو المخلب وغيره فى ذلك سواء.

(١) المخلب بكسر الميم وفتح اللام قال أهل اللغة المخلب للطيور بمنزلة الظفر للإنسان لكنه أشد منه وأغلظواحد، قال فى القاموس المخلب ظفر كل سبع من الماشى والطيور أو هولما يصيد من الطير والظفر لما لا يصيد وهو بمثابة الثياب للسبع . فتح البارى ٥٧٤/٩/ مختار الصحاح ١٨٤، سبل السلام ٧٣/٤، نيل الأوطار ١١٦/٨.

(٢) المنتقى ١٣٢/٣، الشرح الكبير ١١٥/٢.

(٣) المغنى ٥٨٩/٨.

- أدلتهم : استدل المالكية ومن وافقهم لما ذهبوا إليه بأدلة منها:
- ١- قوله تعالى: ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَى إِلَىٰ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ الآية ﴾ .
 - فهذه الآية تدل على أنه لا محرم إلا ما نكر فيها وهي عامة فتحمل على عمومها إلا ما خصه الدليل.
 - ٢- عموم قوله تعالى: ﴿ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا ﴾ .
والطيور مما في الأرض لم يرد فيها ما يحرمها فتبقى داخلة في هذا العموم.
 - ٣- عموم قوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ .
والطيور عامة لم يفصل لنا تحريمها فكانت باقية على الحل.
 - ٤- قوله تعالى في الجوارح: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ . ولم يفرق بين ذي مخلب وغيره .
 - ٥- روى عن أبي الدرداء يرفعه ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً وتلا: ﴿ وما كان ربك نسيا ﴾^(١)، والطيور مسكوت عنها فكانت مما عفا الله عنه فهي باقية على أصل الحل.
 - ٦- أن ذا المخلب يشمله لفظ طائر فلم يكن حراماً كغيره من الطيور التي لا مخلب لها مثل الأوز والدجاج.

(١) نيل الأوطار ١٠٧/٨، ابن ملج ١١١٧/٢.

القول الثاني : وذهب إليه جمهور أهل العلم .

الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والظاهرية^(٤) والزيدية^(٥) والهادوية^(٦) أن سباع الطير من ذوات المخلب محرمة .

أ- روى عن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير^(٧) .

ب- روى عن جابر قال حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر لحوم الحمر الإتسية ولحوم البغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير^(٨) .

دل الحديثان على حرمة ذى المخلب من الطير لأن النبى ﷺ لا ينهى عما هو حلال، فهذه الأخبار الدالة على حرمة ذى المخلب من الطير تصلح لتخصيص عموم الآيات الدالة على الإباحة والتي استدل بها الفريق الأول وتقدم على ما ذكروه .

ج- روى عن النبى ﷺ أنه قال : " خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم وذكر منها الحديا^(٩) وهى من ذوات المخالب من الطير وقد أمر رسول الله ﷺ بقتلها فى الحل والحرم ولو

(١) البدائع ٣٩/٨، المبسوط ٢٢٥/١١ .

(٢) الام ٢٥٠/٢، المجموع ١٨/٩، ٢٢ .

(٣) المغنى ٥٩٨/٨، ٥٩٠، شرح المنهاج ٣٩٦/٣ .

(٤) المحلى ٤٠٣/٧، ٣٠٥ .

(٥) حقائق الأثرار مع السيل ٩٤/٤ .

(٦) سبل السلام ٧٣/٤ .

(٧) نصب الرأية ١٩٢/٤، صحيح مسلم ٦٠٠/٤ .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) سبق تخريجه .

حل أكلها لما أمر بقتلها مع قوله تعالى: ﴿ لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حَرَمٌ ﴾ ولأنها مما لم تكن العرب تأكلها. ولأن النبي ﷺ سماها فواسق والفسق محرم لقوله تعالى: ﴿ إِنْ أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فَسَقًا أَهْلُ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ فلو ذبح ما فيه فسق لكان مما أهل لغير الله به لأن ذبح ما لا يحل أكله معصية والمعصية قصد إلى غير الله تعالى .

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أدلة الفريقين فإنني أميل إلى ترجيح القول الثاني القائل بحرمة ذى المخلب من الطير لما ذكروه من أدلة - ولأن ما استدلل به أصحاب القول الأول مردود بما يلي .

١- استدلالهم بعموم قوله تعالى: ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا (الآية) ﴾ . قد سبق الرد عليه عند الحديث عن أكل كل ذى ناب من السباع (١).

٢- أما استدلالهم بعموم الآيات الأخرى فيجواب عنه بأن هذه الآيات عامة قد ورد من السنة الصحيحة ما يخصصها - كحديث ابن عباس وجابر فتبقى على عمومها في غير محل التخصص.

٣- أما حديث ما أحل الله في كتابه فهو حلال ... ألخ فيجواب عنه من وجهين :

(١) انظر ١٠٥، من هذا المبحث.

الأول : أن ما أحل رسول الله ﷺ وما حرم ، مما أحله الله أو حرمه أيضاً.

الثاني : أن ذوات المخلب من الطير ليست من قسم المسكوت عنه بل من المنصوص على حرمة فهي من الحيوانات التي نهى عنها رسول الله ﷺ والنهي يفيد التحريم.

٤- قولهم ذو المخلب طائر والطيور حلال فمردود بأنه قياس في مقابلة النص وهو حديث النهي عن ذى المخلب من الطير فكان فاسداً.

وبناء على ما سبق من ترجيح القول الثاني القائل بحرمة ذوات المخلب من الطير فإن الصقر والبازي والعقاب والشاهين والباشق والنسر والحدأة واليوم^(١) وأشباهها حرام لا يحل أكلها إذ هي من ذوات المخلب من الطير .

ولم يختلف القائلون بالتحريم في شيء من ذلك إلا ما روى عن ابن حزم الذي قال بحل النسر حيث لم يعتبرها من ذوات

(١) الصقر جمعه أصقر وهو من جوارح الطير من الفصيلة للصقرية، وأما العقاب فجمعه أعقاب والكثير عقبان حاد البصر وهنوعان عقاب وزمج، منه الأسود والأبيض والأشقر، منه ما يأوى الجبال وما يأوى الصحارى ومنه ما يأوى الفياض وحول المدن ، وأما الشاهين فهو طائر جارح من جنس الصقر جمعه شواهين وأما البازي فهو نوع من الصقور لفظه مشتق من النزوان أى الوثب وهو من أشد الحيوانات تكبراً أضيقها خلقاً وأما النسر فهو من أطول الطيور عمراً مسمى نسرأ لأنه نسر لأنه ينسر الشيء ويبتلعه وهو والباري يسفدان كما يسفد النيك وهو ذو منسر وليس بذى مخلب، حاد البصر، وأما الحدأة فهي أخس الطير وهي تبيض ببيضتين وتحضن عشرين يوماً ومن ألوانها السود والرمد تخطف وتصيد، وأما اليومة فهي طائر ليلى لا تصيد إلا بالليل ولا تظهر بالنهار وهي أصناف تحب الخلوة بأنفسها وفى أصل طبيعتها عداوة الغربان يراجع فى كل ذلك حياة الحيوان كل فى بابها.

المخالب فكانت خارجة عنده عن محل النهي^(١) أما غيره من القائلين بالتحريم فقد حرموها لاستخباتها حيث تأكل الجيف.

القسم الثاني : مالا عدوى فيه :

- من الطيور مالا يعدو على غيره ولا يتقوى بمخلبه فكان خارجاً عن محل النهي عن ذى المخلب فما الذى يحرم منه وما الذى يحل؟

من الصعب الوصول إلى حكم واحد لهذه الطيور مجتمعة لاختلاف آراء الفقهاء فيها اختلافاً بيناً لذا فإتني سأحاول الحديث عن هذه الطيور فى مجموعات أو فرادى عندما يتعذر الجمع بينها ولنبدأ الحديث بالمجموعة الأولى :

أ- الرخم والبغات وأبو قردان^(٢).

وهذه الطيور قد اختلف الفقهاء فى حكمها على النحو التالى :

١- المالكية^(٣) والظاهرية^(٤) أنها حلال .

(١) المحلى ٤١٠/٧ .

(٢) الرخم طائر غزير الريش أبيض اللون مبقع بمسود له منقار طويل قليل النفوس له جناح طويل، والقدم ضعيفة والمخالب متوسطة الطول سوداء اللون والأظفار منه لا تمكن من نفسها غير ذكرها وتبيض ببيضه واحدة وهى من لئام الطيور . أما البغات بفتح الباء والغين المعجمة فهو طائر أغبر دون الرخمة بطئ الطيران وهو من شرار الطيور وهى نوع من البوم، يراجع حياة الحيوان ٦٤٧، ٢٢٦، كلويى مع شرح المحلى ٢٥٩/٤ .

(٣) المنتقى ١٣٢/٣، الشرح الكبير مع النسوقى ١١٥/٢ .

(٤) المحلى ٤١٠/٧ .

أما المالكية فقد مضوا على مذهبهم القائل بحل الطيور بجميع أنواعها. وقد سبق الاستدلال لهم، أما ابن حزم فرغم أنه من القائلين بتحريم كل ذى مخلب من الطير إلا أنه قال بحل هذه الطيور لأنها ليست من نوات المخالب فكانت خارجة عن محل النهى وإذا خرجت عن محل النهى كانت باقية على أصل الحل داخلة فى عموم قوله تعالى: ﴿كلوا مما فى الأرض حلالاً طيباً﴾ ولأن الله قد فصل لنا ما حرم علينا ولم يفصل لنا تحريم هذه الطيور.

كما استدل على حل الرخمة بأن ابن عباس نهى المحرم عن قتلها وجعل فيها الجزاء.

٢- وذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى القول بتحريم هذه الطيور.

واستدلوا لذلك بأن هذه الطيور تتغذى على الجيف وما هو مستخبط فكانت مستخبطة لأن لحمها نبت من الحرام والمستخبط محرم بقوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾.

الترجيح :

مما سبق تبين لنا أن هذه الطيور على القول بأنها ليست من نوات المخالب خارجة عن محل النهى فهى إذاً من المسكوت عنه فالأصل أن تكون من قسم الحلال إلا أن قوله تعالى :

(١) المبسوط ٢٢٥/١١.

(٢) قليوب مع شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩/٤.

(٣) المغنى ٥٩٠/٨.

﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ يقتضى أن تحرم هذه الأنواع لاستخبات الطباع لها فإن لم نقل بالحرمة فلا أقل من أن تكون مكرومة لخبث غذائها فتقلص على الجلالة.

ب- الغراب : (١).

الغراب أنواع منه ما يتغذى بالجيف ومنه ما يتغذى بالحلب لذا اختلف الفقهاء فى حكمه على النحو التالى :

١- المالكية :

الغراب حلال بجميع أنواعه لأنه طائر ومن مذهبهم إحلال جميع الطيور كما تقدم (٢).

٢- الظاهرية وهو مروى عن عائشة وابن عمر وعروة بن الزبير (٣).

الغراب حرام بجميع أنواعه وبمثله قال الزيدية (٤) إلا أنهم استثنوا الصغير من غراب الزرع فأحلوه لعدم الإيذاء.

واستدلوا لمذهبهم هذا بما يلى :

أ- روى عن النبى ﷺ أنه قال : خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم وذكر منها الغراب (٥).

ويستدل بالحديث من ثلاثة أوجه :

(١) الغراب طائر معروف سمي بذلك لسواده جمعه غرابان وأغربه وهو أصناف الغدق والزاغ والأكل وغراب الزرع، منها ما هو أسود حالك ومنها الأبيض، تبيض الأنثى أربع بيضات ، يأكل الجيف : حياة الحيوان ٩٥٥، وما يليها .

(٢) يراجع ص ١٤١ من البحث.

(٣) المحلى ٤٠٣/٧، ٤٠٤.

(٤) البحر الزخار ٣٣١/٥.

(٥) سبق تخريجه

الأول : أن الرسول ﷺ سماها فواسق والفسق محرم بقوله تعالى: ﴿فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به﴾ فلو نبج ما فيه فسق لكان مما أهل لغير الله به.

الثاني : أن الرسول ﷺ قد أذن في قتله في الحل والحرم وما أمر النبي ﷺ بقتله فلا زكاة له والنبي ﷺ نهى عن إضاعة المال، فلا يحل قتل شيء يؤكل لأن فيه إضاعة للمال.

الثالث: أنه ﷺ لم يفرق بين غراب وغراب، الكل فواسق والكل يقتل في الحل والحرم فاستويا.

ب- روى عن عائشة قالت: إني لأعجب ممن يأكل الغراب بعد ما سماه الرسول ﷺ فاسقاً وأذن بقتله والله ما هو من الطييات.

وقد روى مثل هذا عن ابن عمر وهشام بن عروة عن أبيه^(١).

٣- أما الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فقد فرقوا بين أنواع الغراب فحرموا بعضها وأحلوا البعض الآخر وحاصل خلافتهم على النحو التالي :

(١) المحلى ٤٠٤/٧.

(٢) الهداية وفتح القدير والعناية ٤٩٩/٩، ٥٠٠، المبسوط ٢٢٥/١١، ٢٢٦.

(٣) المجموع ١٨/٩، ٢٢، ٢٣، الحاوي ١٤٥٠/١٥، ١٤٦.

(٤) المغني ٥٩٠/٨، ٥٩٢، ٥٩٣، للمبدع ١٩٦/٩.

١- الغراب الأبقع و غراب البين ^(١).

حرام عندهم بالاتفاق لأنها من المستخبثات فهي تأكل الجيف وكل مستخبث يدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ .

ولعموم حديث " خمس يقتلن في الحل والحرم " وذكر فيه والغراب الأبقع حيث نص على قتله، ولقول عائشة إني لأعجب ممن يأكل الغراب وقد أذن النبي ﷺ في قتله.

٢- الزاغ ^(٢).

حلال باتفاقهم إلا ما ورد عن الشافعي في أحد قولييه أنه لا يحل لأنه غراب ودليلهم على الحل أنه يلتقط الحب فكان غير مستخبث طبعاً وقد يَألف الأملى كالحمام.

وحديث خمس يقتلن في الحل والحرم وقول عائشة ومن يأكل الغراب .. الخ فالمراد بها ما يأكل الجيف دون غيره.

العقّاق ^(٣).

فعمد أبي حنيفة ووجه للشافعي :

(١) هو الغراب الأبقع الذي فيه سواد وبياض سمي بذلك لأنه بان عن نوح لما وجهه لنظر الماء فذهب ولم يرجع ولذلك تشاموا وهو نوعان غراب صغير معروف باللوم والضعف والآخر يسقط في منازل الناس إذا ساروا منها - حياة الحيوان ٩٥٨/٦.

(٢) من أنواع الغرابين يقال له غراب الزرع وهو صغير نحو الحمامة أسود برأسه غبرة ولا يأكل الجيف ويستوطن شرق أوروبا والتركستان وإيران ويهاجر إلى مصر وللمسطين . حياة الحيوان ٦٥٤، المعجم الوسيط ٤٩٢/١.

(٣) طائر على قدر الحمامة وهو على شكل الغراب وجناحه أكبر من جناحي الحمامة وهو ذو لونين أسود وأبيض، طويل الذنب . حياة الحيوان ٩١١.

يحل لأنه يخلط فيأكل الحب تارة والجيف تارة أخرى وإذا تردد بين الحل والحرمة غلب جانب الحل، ولأن النبي ﷺ قد أكل السجاج مع أنه يخلط.

وعند أبي يوسف وهو الوجه الثاني للشافعية .

لا يحل لأن غالب أكله الجيف فاجتمع فيه الموجب للحل والحرمة فيغلب جانب الحظر، ولأن كل مستخبث يدخل تحت قوله تعالى: ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ .
ولأن ما يأكل الجيف غالباً يصير كالجلالة.

الترجيح :

مما سبق يتبين لنا أن القائلين بالتحريم المطلق كالظاهرية أو القائلين بحرمة الغراب الأبقع دون غيره يستندون في أقوالهم إلى حديث خمس يقتلن في الحل والحرم، ويستنبطون من الأمر بالقتل القول بالتحريم فإن صح لهم هذا يكون ما ذهب إليه الظاهرية أرجح حيث إن الحديث لم يفرق بين غراب وغراب فتحريم الأبقع وتحليل غيره تحكم لا يعضده دليل .

فإن قيل إن الحديث نص على قتل الغراب الأبقع فيكون هو المحرم وغيره لا يحرم قيل لهم إن الحديث ورد من طرق فمرة جاء بقتل الغراب عامة ومرة بقتل الأبقع، فالخبر الذي فيه عموم ذكر الغراب هو الزائد حكماً فيعمل به.

لكنني أرى أن الاستدلال على التحريم بالأمر بقتله استدلال ضعيف لأن الفقهاء مرة يستدلون بالقتل على التحريم

ومرة يستدلون بالنهي عن القتل على التحريم أيضاً، فكان في هذا الاستدلال نظر.

والذى أميل إليه هو أن الغراب لم يأت فيه نص بتحليل أو تحريم فيرجع فيه إلى عادة العرب فما كان منه مستطاباً كان حلالاً، وما كان منه غير مستطاب كان حراماً.

لقوله تعالى: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾. والله تعالى أعلم،،

ج- الخفاش - الوطواط (١)

اختلف الفقهاء في حله وعدم حله على قولين:
الأول: المالكية في قول (٢) وهو وجه للشافعية (٣) وبه قال الظاهرية (٤).

يحل أكله لعموم قوله تعالى: ﴿كلوا مما في الأرض حلالاً﴾
وقوله: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ والوطواط لم يفصل تحريمه فيكون حلالاً.

الثاني الشافعية في الأصح (٥) وبه قال الحنابلة (٦).
أنه حرام لا يحل أكله وللحنابلة وجه آخر بالكراهة.

(١) بضم الخاء وتشديد الفاء واحد الخفافيش التي تطير في الليل قيل من أسمائه الخطاف والوطواط والخفاف - يقات البعوض والذباب وبعض الفاكهة، حياة الحيوان ٥١٤ وما يليها.

(٢) ولهم قول آخر وهو الأرجح أنه يكره - الشرح الكبير ١١٥/٢، المنتقى ١٣٢/٣.

(٣) المجموع ١٩/٩، ٢٢.

(٤) المحلى ٤١٠/٧.

(٥) الحاوي ١٤٥/٥، كليبوي وشرح المحلى ٢٦٠/٤.

(٦) المغنى ٥٩٠/٨، المبدع ١٩٧/٩.

واستكفوا بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفاً : ولا تقتلوا الخفاش فإنه لما خرب بيت المقدس قال يارب سلطني على البحر حتى أغرقهم^(١) فالنهي عن قتله دليل على تحريمه، لأنه لو حل أكله ما نهى عن قتله ولأنه من المستحبات ولا تستطيه العرب ولا تأكله وما كان خبيثاً كان محرماً.

وإنني أميل إلى ترجيح القول للثاني القائل بالتحريم لكونه غير مستطاب لا لكونه مما نهى عن قتله، لما سبق أن ذكرنا أن النهي عن القتل أو الأمر بالقتل لا يصلح للاستدلال على الحل أو الحرمة.

د- الهدد والصرد : (٢)

اختلف الفقهاء على قولين :

الأول: المالكية (٣) ووجه للشافعية (٤) ورواية عن أحمد (٥). أنها حلال لعموم الأدلة القاضية بالإباحة مع قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾. والهدد والصرد لم

(١) قال الشوكاني : في نيل الأوطار ١٢٥/٨، ناقلاً عن الفتوح قال الحافظ وإن كان أسناده صحيحاً إلا أن عبد الله بن عمرو كان يأخذ عن الإسرائيليات.

(٢) الهدد بضم الهاءين واسكان الدال طائر معروف ذو خطوط متنن الريح، قيل إذا غابت أنثاه لم يأكل ولم يشرب حتى تعود . حياة الحيوان ١٣٠٩/٨، والصرد طائر أكبر من العصفور ضخم الرأس والمنقار يصيد صغار الحشرات وربما صاد العصفور وكانوا يتشاءمون به، للمعجم الوسيط / ٥٣١، حياة الحيوان ٧٥٧/٥.

(٣) للمتنقي ١٣٢/٣.

(٤) روى عن الشافعي أنه أوجب فيهما الجزاء على المحرم إذا قتلها ولا يجب الجزاء إلا في قتل ما هو مكحول، نيل الأوطار ١٢٦/٨، المجموع ١٨/٤، ٢٢.

(٥) للمبدع ١٩٩/٩.

يفصل لنا تحريمهما فتبقى الآيات القاضية بالإباحة على عمومها، ولأنهما ليسا من ذوات المخالب وغير مستخبران.
الثاني : الشافعية ^(١) في الأصح والحنابلة في رواية ^(٢) وابن حزم ^(٣).

أنهما حرام لا يحل أكلهما.
واستدلوا على ذلك بما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدد والصرد ^(٤).
فاستفيد من النهي عن قتلها تحريمهما لأن ما يوكل لا ينهى عن قتله كما سبق.

الترجيح :

كما سبق أن ذكرنا أن الاستدلال بالنهي عن القتل على التحريم استدلال فيه نظر.
وعلى هذا فإن الحديث لا يصلح للاحتجاج به على تحريم البهدهد والصرد، ثم إن سلم صحة الاستدلال به فهو مرئود من وجه آخر، قال ابن العربي ^(٥). إنما نهى النبي ﷺ عن قتل الصرد لأن العرب كانت تتشاعم به فنهى عن قتله ليزول ما في قلوبهم من اعتقاد التشاؤم وعلى هذا فلا يكون النهي عن قتله دليلاً على أنه غير مأكول.

(١) الحاوي ١٥/١٤٥.

(٢) شرح المتهنى ٣/٣٩٧.

(٣) للمطى ٧/٤٠٦، ٧/٤٠٧.

(٤) نيل الأوطار ومنقضى الأخبار ٨/١٢٤، وقال الحافظ رجاله رجال الصحيح ،

الترغيب والترهيب للمغزى ٤/٤٠٠، ابن ملجى ٢/١٠٧٤.

(٥) نيل الأوطار ٨/١٢٦.

لذا فإنتى أرى أن الهدد لا يحرم للنهى عن قتله وإنما يكره لاستخباته لأنه يأكل الدود والحشرات المستفترزة فكان مكروها لقذارة طعامه وأما الصرد فإن لم يكن غذاؤه مستخبثا فهو حلال لعلم ورود نص صريح بالتحريم .

..... والله تعالى أعلم ،،،

هـ- بقية الطيور غير ما ذكر :

ما ليس بذى مخلب ولم يخبث غذاؤه ولا لحمه من الطيور فهو حلال بغير خلاف ^(١) ويدخل فى هذا جميع أنواع الطيور غير التى سبق الحديث عنها .

فالحمام ^(٢) على اختلاف أنواعه الجوازل والفواخت والقطا والحجل والقنابر والكركى والكروان حلال بغير خلاف.

والعصافير ^(٣) كلها حلال الصعوة والزرزور والنغمر والبلبل والنعامة ^(٤) حلال قضى الصحابة فيها بالفدية إذا قتلها المحرم

(١) المبسوط ٢٢٦/١١، البدائع ٣٩/٥، المنتقى ١٣٢/٣، الشرح الكبير مع الصبوحى ١١٥/٢، شرح المحلى مع تليويى ٢٦/٤، المجموع ٢١/٩، المبدع ٢٠١/٩، شرح المنتهى ٣٩٩/٣، المحلى ٤١٠/٧، للبحر الزخار ٣٣٤/٥.

(٢) الحمام عند العرب هو ذات الأطواق نحو القواخت والقمارى والقطا والوراشين ويقع على الذكر والأنثى وهو جمع مفردة حمامة والفرق بينه وبين اليمام أن أسفل ذنب الحمامة مما يلى ظهرها فيه بياض وأسفل ذنب اليمامة لا بياض فيه. حياة الخيوان ٤٤١، وما بعدها، المعجم الوسيط ٢٠٧/١.

(٣) العصافير مفردة عصفور بضم العين والأنثى عصفورة سمي بذلك لأنه عصمى وفر وهى أنواع منها ما يطرب بصوته ومن أنواعه عصفور الشوك والقبيرة والبلبل والصعوة والحمرة والعنديل وبيراقش . حياة الحيوان ٨٧٦، ٨٧٧.

(٤) النعامة تجمع على نعلمات ويقال للأنثى قلووس وهى من الحيوان الذى يزواج ويعاقب الذكر الأنثى فى الحضن قليل ليس لها حاسة السمع وإنما لها شم بليغ وقيل إنها ليست بطائر وإن كانت تبيض ولها جناح وريش ومن أمرها أنه إذا دميت لها رجل واحدة لم تنفق بالأخرى. حياة الحيوان ١٢٧٣/٨، وما بعدها.

فدل على أنها صيد مأكول، والبط والأوز وطيير الماء كله مباح الأكل والمذاج^(١) حلال ولو أكل العذرة. والحباري^(٢) والطواويس والبيغاء حلال إلا في وجه للشافعية أنها حرام^(٣).

أما الأدلة على حل هذه الطيور : فكثيرة منها :

١- قوله تعالى : ﴿كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً﴾ مع قوله : ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ .

وهذه الطيور مما لم يفصل تحريمها فكانت حلالاً لدخولها في عموم أدلة الحل.

٢- قوله تعالى : ﴿ويحل لهم الطيبات﴾. وهذه الطيور من الطيبات.

٣- روى عن سفينة قال: أكلت مع رسول الله ﷺ لحم حباري^(٤).

ولو كان حراماً لما أكله النبي ﷺ ولما أقر الصحابة على أكله.

(١) الواحدة دجاجة للذكر والأنثى فيه سواء سميت بجاجة لإقبالها وإببارها يقال دج القوم يدجون دجاً ودجيجاً إذا مشوا مشياً رويداً . وهو يكلل اللحم والذباب والخيز ويلتقط الحب . حياة الحيوان ٥٧٥، وما يليها.

(٢) الحباري مقصور طائر يقع على الذكر والأنثى واحدها وجمعها سواء وإن شئت قلت حباريات يضرب به المثل في عدم المحبة تسميه العامة اللوان ويسميه أهل مصر الحبرج وهو طائر طويل العنق رمادي اللون في منقاره بعض الطول. حياة الحيوان ٣٨٣/٣، للمنظم للمستعجب ١/٤٩٩.

(٣) شرح المحلى على المنهاج ٢٦٠/٤.

(٤) أسناد ضعيف سنن أبو داود ٣٧٩٧، قال الترمذى حديث غريب ٣/٣٢٦.

٤- روى عن عبد الله بن عمر مرفوعاً " ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأل الله عنها قال : يا رسول الله وما حقها قال ينبحها ويلكلها ولا يقطع رأسها ويطرحها"^(١).

فهذا الحديث يدل على حل أكل العصفور وينهى عن قتله لغير ذلك.

٥- روى عن أبي موسى قال: رأيت رسول الله ﷺ يأكل دجاجاً^(٢).

فقد دل الحديث على جواز أكل الدجاج إنسيه ووحشيه وقد استثنى بعضهم الجلالة وهي التي تأكل الأقدار حتى تحبس وفعل أبي موسى يدل على أنه لم يبال بذلك.

٦- أن هذه الطيور مما يلتقط الحب فكانت من الطيبات.

٧- أنها تقدى إذا قتلها المحرم ولا يفدى في الإحرام إلا المأكول.

٨- أنها ليست من ذوات المخالب من الطير فكانت خارجة عن عموم النهي عن كل ذي مخلب من الطير. والله أعلم،،،

(١) الترغيب والترهيب ١٠٤/٢، نيل الأوطار ١٢٥/٨، الحاكم في المستدرک ٤/
(٢) قال أبو عيسى حسن صحيح - القرمذی ٢٣٥/٣، ٢٣٦، فتح الباری ٥٦١/٩، صحيح مسلم رقم ١٦٤٩، الدارمی ١٠٣/٢.

حكم الجلالة

الجلالة بفتح الجيم وتشديد اللام من أبنية المبالغة وهي الحيوان الذي يأكل العذرة، يقال جلت الذابة الجلة واجتلتها فهي جالة وجلالة والجلة بفتح الجيم هي البقرة وتجمع على جلالات على لفظ الواحدة (١).

وقد اختلف العلماء فيما يسمى جلالة من الحيوان. فالجمهور (٢) على أن الجلالة هي كل حيوان يأكل القذر وسواء أكان من نوات الأربع - الإبل والبقر والغنم - أم من غيرها كالديك والأوز وغيرهما ويستدلون لذلك باللغة وبفعل ابن عمر حيث كان يحبس الديك ثلثاً قبل ذبحها أما ابن حزم (٣) فيرى أنه لا يسمى جلالة إلا ما يأكل العذرة من ذوات الأربع خاصة فلا يسمى الديك والأوز وغيرهما من الطير جلالة وإن أكل العذرة.

ويستدل لذلك بعموم قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ ولم يفصل لنا تحريم شيء من أجل ما يؤكل إلا الجلالة.

كما يستدل لذلك بما روى عن القاسم عن زهد قال: كنا عند أبي موسى الأشعري فأتى بطعام فيه لحم دجاج وفي القوم

(١) مختار الصحاح ١٠٧، ١٠٨، حياة الحيوان ٢/٢٣٢.

(٢) الشرح الكبير مع التسوقى ١١٥/٢، المهذب ٢٥٠/١، المغنى ٥٩٤/٨، سبل السلام ٧٧/٤.

(٣) للمحلى ٤١٠/٧، ٤٢٩، فتح الباري ٥٦٤/٩.

رجل جالس أحمر فلم يذن من طعامه فقال ابن ققد رأيت رسول الله ﷺ يأكل منه قال إني رأيته يأكل شيئاً فقذرتَه فطفت ألا أكله فقال ابن أحنك إلى أن قال: فقال والله إني لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أثبت الذي هو خير وتحللته^(١).

فظاهر هذا الفعل من أبي موسى أنه لم يبال بذلك ولم يعتبر المجاج من الجلالة ثم يأمر الرجل بالنحو والأكل وأن يكفر عن اليمينية ولو كان المجاج جلالة لما أكله أبو موسى ولما أمر غيره بأكله.

وما يروى عن ابن عمر من أنه كان يعتبر المجاج جلالة فيحبسها ثلاثة أيام قبل نبحها فيرده ابن حزم بأنه لا يلزم لأنه إن كان حبسها من أجل ما في قانصتها فهو ربيع لا يحل أكله، وإن كان من أجل استحالة المحرمات التي أكلت فلا يستحيل لحمها في ثلاثة أيام ولا في ثلاثة أشهر بل قد صار ما تغذت به من ذلك لحماً من لحمها ولو حرم من ذلك لحرم من الثمار والزرع ما ينبت على الزبل وهذا خطأ.

ويوافق الصنفية^(٢) والليث^(٣) ابن حزم فيما ذهب إليه من أن المجاج وغيره لا يسمى جلالة لكن ليس لأنها غير داخلة في تعريف الجلالة السابق ولكن لسبب آخر وهو أنها مما يخلط في غذاءه فهي مع أكلها للمنزة تأكل الحب وغيره مما ليس

(١) صحيح البخارى مع الفتح ٥٦١/٩، ٥٦٢.

(٢) المبسوط ٢٥٥/١١، ٢٥٦.

(٣) المغنى ٥٩٣/٨.

مستقذرا، والحيوان إذا خلط في طعامه لا يسمى جلالة، فالجلالة عندهم هي التي تعتاد أكل الجلة ولا تخط.

ويستلون لما ذهبوا إليه من أن ما يخلط في طعامه لا يسمى جلالة إذا لم يتغير لحمه بما روى عن النبي ﷺ أنه كان يأكل لحم الدجاج^(١). ويقولون لو كان فيه أدنى خبث لامتنع النبي ﷺ عن تناوله.

أما جمهور العلماء^(٢). فكل حيوان يأكل العذرة يسمى جلالة وإن خلط في طعامه إذا كان أكثر علفه النجاسة أما إن كان أكثر علفه الطاهر فلا يسمى جلالة.

وبعضهم يقول إنه لا اعتداد بالكثرة وإنما المعول عليه هو الرائحة والنتن فإن تغير اللحم في الريح أو الطعم أو اللون فهي جلالة وإلا فلا وهذا هو الصحيح إذ هو سبب النهي .

أما عن حكم الجلالة :

فهي إما أن تذبح قبل أن تحبس حتى يطيب لحمها وإما أن تذبح بعد حبسها وزوال الرائحة من لحمها ولكل واحد حكم.

أ- ذبح الجلالة قبل الحبس:

إذا ذبحت الجلالة من غير أن تحبس فوجد للحمها رائحة أو نتن فقد اختلف الفقهاء في حل أكلها أو حرمتها على ثلاثة أقوال:

(١) صحيح البخارى مع الفتح ٥٦١/٩، وقد سبق تخريجه.

(٢) المجموع ٢٨/٩، المغنى ٥٩٣/٨.

الأول: وهو مروي عن الحسن^(١) وينسب إلى الإمام مالك^(٢) أن لحوم الجلالة وألبانها حلال ولا كراهة في ذلك فيجوز ذبحها قبل أن تحبس لأن الحيوانات لا تتجس بأكل النجاسات بدليل أن شارب الخمر لا يحكم بتنجيس أعضائه والكافر الذي يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجساً، ولو نجس لما طهر بالإسلام ولا الاغتسال ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس.

الثاني: وبه قال المالكية^(٣) والشافعية في الأصح^(٤) والخابلة في رواية^(٥) أن لحوم الجلالة وألبانها تكره ولا تحرم فالكرهية تنزيهية.

وقد استدلوا لذلك بفعل أبي موسى الأشعري حيث أكل لحم الدجاج رغم أنه يأكل العذرة فلو فهم من النهي التحريم ما أكله ولكنه فهم من النهي التقذر فقط فكانت الجلالة مكروهة لا محرمة لهذا.

ولأن النهي عنها وارتد لأجل ما تأكله من الأنجاس وهي تغذيه في كرشها، والعلف الطاهر إذا صار في كرشها تتجس

(١) المغني ٥٩٣/٨.

(٢) سبل السلام ٧٨/٤، نيل الأوطار ١٢٤/٨، فتح الباري ٥٦٤/٩.

(٣) كثير من الكتب ينقل عن مالك الإباحة إلا أن ابن رشد في بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦٤، ينقل عنه الكراهة.

(٤) الحاوي ١٤٧/١٥، المجموع ٢٨/٩، ٣٠.

(٥) المغني ٥٩٣/٨، المبدع ٢٠٢/٩، ٢٠٣.

فلا نتغذى إلا بالنجاسة ومع ذلك فلا يحكم على اللحم واللبن بالنجاسة فكذا هذا .

ولأن الجلالة حيوان أصله الإباحة لا يتجسس بأكل النجاسات كشارب الخمر لا يحكم بنجاسة أعضائه ولأن النهى الوارد فى الجلالة إنما هو لتغير اللحم فيقاس على اللحم المنكى إذا انتن فإنه يكره ولا يحرم فكذا هذا .

الثالث: أن لحوم الجلالة وألبانها حرام .

ذهب إلى هذا الحنفية ^(١) والشافعية فى وجه ^(٢) والحنابلة فى المذهب ^(٣) ورجحه الشوكانى ^(٤) وبه قال الثورى ^(٥) وهو مذهب أهل الظاهر ^(٦) والزيديّة ^(٧).

واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها:

أ- روى عن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الجلالة وألبانها ^(٨).

(١) المبسوط ٢٥٥/١١، شرح الكفر ٢٠٦/٢.

(٢) المجموع ٢٨/٩، ٢٩، الحاوى ١٤٧/١٥.

(٣) المغنى ٥٩٣، ٥٩٤، شرح المنتهى ٥٩٣/٣ وما يليها.

(٤) السيل الجرار ١٠٢/٤، ١٠٣، نيل الأوطار ١٢٣/٨.

(٥) سبل السلام ٧٨/٤.

(٦) المحلى ٤١٠/٧، وما بعدها.

(٧) البحر الزخار ٣٣/٥.

(٨) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٢٣/٨، مختصر السنة للمنذرى ٢٠٦/٥، سنن

ابن ماجه ١٠٦٤/٢ كما رواه الترمذى وقال حصن غريب ٣٢٤/٣، أبو داود رقم ٣٧٨٥.

ب- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الجمر الأهلية وعن الجلالة عن ركوبها وأكل لحومها (١).

ج- روى عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة أن يؤكل لحومها أو يشرب لبنها (٢).

فظاهر هذه الأحاديث تحريم أكل لحم الجلالة وشرب لبنها وركوبها لأن النهي حقيقة في التحريم فلا يجوز ذبحها قبل الحبس فإن فعل كان أكلها حراماً.

د- أن اعتياد هذه الحيوانات على أكل الجيف يغير لحومها ويجعله منتقاً فيحرم الأكل منه لأنه من الخبائث والخبائث حرام بقوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾.

هـ- أن لحومها يتولد من النجاسة فيكون نجساً كرماد النجاسة.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح القول الثالث القائل بحرمة لحم الجلالة وألبانها والركوب عليها لما ذكره من أدلة ولما يلى :-

أ- أن ما ذكره القائلون بالإباحة أن الحيوانات لا تتجس بأكل النجاسات قياساً على شارب الخمر مردود بأنه قياس مع الفارق فشارب الخمر لا يتغذى بها وليس ذلك أكثر غذائه وإنما يتغذى بالطهارات ، وكذلك القياس على الكافر مردود لهذا .

(١) سبل السلام ٧٧/٤.

(٢) فتح الباري ٥٦٤/٩.

ب- أما استدلال القائلين بالكراهة فمردود من أوجه:

- ١- أن ما قالوه قياس في مقابلة النص فلا يصح.
- ٢- أن حمل النهى على التنزيه لا ينهض عليه دليل والأصل في النهى هو التحريم .

٣- قولهم أنها تتغذى من النجاسة لأن العلف الطاهر إذا صار في كرشها تتجس مردود بأن العلف الطاهر إذا تتجس بالمجاورة جاز إطعامه للدابة ولأنها إذا أكلته لا تتغذى بالنجاسة وإنما تتغذى بالعلف بخلاف الجلالة .

غير أنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية من عدم اعتبار الدجاج وغيره من الطيور جلالة لأنها تخطئ في غذائها فليس كل طعامها هو العذرة .

ولأن النبي ﷺ أكل لحم الدجاج وأكله أبو موسى وبين للسائل حله ودعاه إلى أكله وإن كان قد رآه يأكل العذرة وبين له أن من حلف على يمين فوجد غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه، ولأن الدجاج وغيره من الطيور لا يتغير لحمه بأكل العذرة بخلاف البقرة والشاة والإبل، وأما فعل ابن عمر من حبسه للدجاج ثلاثة أيام فإما ذلك منه على سبيل الورع والتتزه من غير أن يكون ذلك شرطاً في الدجاج ولا في غيره مما يخطئ.

دبح الجلالة بعد حبسها :

إذا قلنا بكراهة الجلالة أو بتحريمها فإنها إذا حبست وعلقت طاهراً حتى طاب لحمها وزالت الرائحة ثم ذبحت بعد ذلك فهي حلال ولا كراهة فيها بالإتفاق^(١).

(١) المبسوط ٢٥٦/١١، الحاوى ١٤٧/١٥، المغنى ٥٩٤/٥، المحلى ٤١١/٧، تنزيل الأوطار ١٢٤/٨، البحر الزخار ٣٣٤/٥.

غير أن الفقهاء اختلفوا فى مقدار المدة التى يحبسها الحيوان حتى يحل على النحو التالى :

أ- تحبس الجلالة ثلاثاً سواء أكانت من نوات الأربع أم من غيرها.

ذهب إلى ذلك أحمد فى رواية وأبو ثور (١).

لأن ما طهر حيواناً طهر الآخر كالذى نجس ظاهره ولأن ابن عمر كان إذا أراد أكلها حبسها ثلاثة .

ب- تلطف الجلالة علفاً طاهراً الناقة والبقرة أربعين يوماً والشاة سبعة أيام والدجاجة ثلاثة .

ذهب إلى ذلك أحمد فى الرواية الأخرى والشافعية وقول عطاء (٢) والزيديّة (٣) .

واستدلوا لذلك بما أخرجه الحاكم والبيهقى من حديث ابن عمرو بن العاص نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة وألبانها وقال حتى تلطف أربعين ليلة (٤).

فإن صحت هذه الزيادة كانت نصاً فى محل النزاع فلا تجوز مخالفته (٥).

(١) المغنى ٨/٥٩٤.

(٢) المغنى ٨/٥٩٤، الحلو ١٥/١٤٧.

(٣) البحر للزخار ٥/٣٣٤.

(٤) سبل السلام ٤/٧٧.

(٥) قال فى الفتح ٩/٥٦٥، أخرجه البيهقى بسند فيه نظر

ج- أن الجلالة تحبس وتعلف طاهراً إلى أن تزول الرائحة المنتنة عنها وليس لذلك حد ولا زمان ذهب إلى ذلك الحنفية (١) والشافعية في الأصح (٢) والظاهرية (٣).
لأن الحرمة أو الكراهة إنما هي لوجود الرائحة المنتنة التي وجدت فيها بسبب أكلها للعذرة والقذر وهي شئ محسوس فالتحديد بالمدة التي ذكرها أصحاب القولين السابقين ليس توقيفاً بل يمكن أن يزداد عليها أو ينقص منها فالظاهر أنهم قد روها بذلك لأن الأغلب أنها تزول بهذه المقادير، لكن المعتبر هو زوال الضرر فإذا زال حل أكلها والعمل عليها وركوبها.

(١) البدائع ٤٠/٥.

(٢) المجموع ٢٩/٩.

(٣) المحلى ٤١١/٧.

المبحث السادس

الحشرات وهوام الأرض^(١)

الحشرات وهوام الأرض أنواع كثيرة منها ما يطير كالنحلة والجراد والذباب والزنابير ومنها ما لا يطير كالضب والقنفذ والوزغ والديدان والجعلان ونبات وردان. ومنها ما هو سام كالعقارب والثعابين وسام أبرص، ومنها غير السام إلى غير ذلك من الأمور التي تميز كل نوع منها عن الآخر.

وإذا أردنا أن نعرف الحكم الشرعي في كل هذه الأنواع جملة واحدة ما أستطعنا لاختلاف الفقهاء فيها ما بين مبيح مطلق ومكره أو محرم لها لذلك فإنني أذكر هنا بعض الحشرات أو الدويبات مستقلة إذا اتفقت هذه الأنواع في الحكم حتى لا يطول بنا المقام. ولنبدأ بالحديث عن حكم الجراد^(٢).

(١) هي صفار دواب الأرض وصغار هوامها الولادة حشرة وتسمى حيوان الأرض لأنها لا تفارقها إلى الهواء ولا إلى الماء ومن الحشرات الأنعام والجرذان الأهلية والبرية واليربوع والضب والجرذون والقنفذ والعقرب والغنفساء والوزغ والنمل والنحل وغيرها. حياة الحيوان ٤٠٠.

(٢) الجراد يفتح للجيم وتخفيف للراء معروف، الولادة جرادة والذكر والأنثى سواء كالحمامة، ويقال إنه مشتق من الجرد لأنه لا ينزل على شيء إلا جردة، وخلق الجراد عجيب، وهو صنفان طيار ووثاب ويبيض في الصخر فيتركه حتى يبيض، وينتشر فلا يمر بزرع إلا اجتاحه وهو من صيد البر وإن كان أصله بحريا وقيل إنه بحري، منه ما هو كبير الجثة ومنه الصغير الأحمر والأصفر والأبيض. فتح الباري ٥٣٥/٩، ٥٣٦، حياة الحيوان ٣١٠/٢.

الجراد حلال بإجماع أهل العلم^(١) ولم يخالف فى هذا أحد. ودليل ذلك ما روى عن عبدالله بن أبى أوفى قال غزونا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سبع غزوات نأكل معه الجراد^(٢).

فجملة نأكل معه يحتل أن يراد بالمعية مجرد الغزو دون ما تبعه من أكل الجراد ويحتل أن يريد مع أكله ومما يؤيد الثانى ما ورد فى رواية - ويأكله معنا^(٣)

وإذا أكله الصحابة فى وجوده صلى الله عليه وسلم ولم ينكره عليهم فهو حلال، وإذا ثبت أكله صلى الله عليه وسلم معهم كان أكد فى الحل.

كما يستدل لحل أكل الجراد أيضا بما روى عن ابن عمر قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "أحل لنا الميتان ودمان فأما الميتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال"^(٤).

والصحيح فى هذا الحديث أنه موقوف على ابن عمر وهو فى حكم المرفوع لأن الصحابى إذا قال أحل لنا كذا أو حرم علينا كذا فهو مثل قوله أمرنا أو نهينا عن كذا.

(١) الهداية مع الفتح ٥٠٣/٩، المنتقى ١١٠/٣، المجموع ٢٣/٩، المغنى ٥٧٢/٨، السيل الجرار ١٠٠/٤، المحلى ٤٣٧/٧، احكام القرآن للجصاص ١٥٤/١، البحر الزخار ٢٩١/٥.

(٢) حديث حسن صحيح الترمذى ٣٢٣/٣٥، الدارمى ٩١/٢، صحيح البخارى مع الفتح ٥٣٥/٩.

(٣) فتح البارى ٥٣٧/٩.

(٤) سبق تخريجه.

وبناءً عليه فإنه يحصل الاستدلال بهذا الحديث على حل
أكل الجراد.

كما يستدل على حل الجراد بما روى عن عمر رضى الله
عنه أنه كان مولعاً بأكل الجراد حتى قال فى مجلسه ليست لنا
قصعة من جراد فنأكله.^(١)

كما يستدل لذلك أيضاً بما روى عن أنس قال كس أزواج
النبي صلى الله عليه وسلم يتهادين الجراد فى الأطباق^(٢)
وقد روى أن مريم سألت لحماً هشاً فرزقت الجراد^(٣) فكل
هذا يدل على حل أكل الجراد وهو قدر متفق عليه بين العلماء^(٤)
غير أنهم اختلفوا فى نكأته فمنهم من أباحه ولو أخذ ميتاً ومنهم
من قال لا يحل إلا بنكاة وحاصل خلافهم كالاتى:-

أ - المالكية^(٥) وهو رواية عن أحمد ويروى عن سعيد بن
المسيب^(٦) وبه قال ربيعة والزهري^(٧) لا يؤكل الجراد إلا بنكاة
ونكأته أن يفعل به ما لا يعيش معه ويتعجل موته كقطع رأس أو

(١) المبسوط ٢٢٩/١١.

(٢) من ابن ماجه ١٠٧٣/٢، سبل السلام ٧٥/٤ وفى اسناده ضعف.

(٣) المبسوط ٢٢٩/١١.

(٤) قال ابن العربي أن جراد الأكلس لا يؤكل لأنه ضرر محض فإن ثبت أنه يضـر
أكله بأن يكون فيه سمية تخصه دون غيره من جراد البلاد تعين امتناعه. فتح البارى
٥٣٧/٩، نيل الأوطار ١٤٨/٨.

(٥) الشرح الكبير ١١٤ / ٢، المنقى ١١٠ / ٣.

(٦) يراجع المعنى ٨ / ٥٧٢.

(٧) أحكام القرآن للجصاص ١ / ١٥٤.

رجل أو إلقائه في ماء حار أو يشوى، فإن مات من غير سبب منه بعد أن أصطيد لم يؤكل فمجرد أخذه لا يكون ذكاة له.

وقد استدلوا المذهب بهذا بما يلي:

١- قوله تعالى " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ " ، وهي ما مات من الحيوان حتف أنفه أى بغير ذكاة.

٢- أن هذا من حيوان البر فلم يجر أكله بغير ذكاة أصل ذلك سائر حيوان البر. فلا يكون مجرد أخذه ذكاة.

ب- وذهب الجمهور من أهل العلم^(١) وبه قال مطرف من المالكية^(٢).

إلى القول بحل الجراد مطلقاً مات بسبب أو بغير سبب، أخذ حياً ثم مات أو أخذه ميتاً، وقد احتجوا لذلك بحديث عبدالله بن عمر أحل لنا ميتتان وهما السمك والجراد.

وهو نص في محل الخلاف حيث لم يفرق بين ما مات بسبب أو بغير سبب وقد استعمل الناس هذا الخبر في إباحة أكل الجراد فوجب استعماله على عمومته من غير شرط القتل.

إذ لم يشترطه النبي صلى الله عليه وسلم.

كما احتجوا بما روى عن عمر لا بأس بالجراد وبما روى عن ابن عمر الجراد نكح كله وبما روى عن ابن عباس

(١) المبسوط ١١ / ٢٢٠، للمهذب ١ / ٢٤٩، المجموع ٩ / ٢٣، ٢٤، المغنى ٨ / ٥٧٢، المحلى ٧ / ٤٣٧، البحر الزخار ٥ / ٢٩١، السيل الجرار ٤ / ١٠٠، فتح الباري ٩ / ٥٣٦.

(٢) المنتقى ٣ / ١٢٩، فتح الباري ٩ / ٥٣٨.

فى الجراد لا بأس بأكله^(١) فهؤلاء جميعا لم يستثنوا فيه حالا من حال فكان قولهم ذليلا على حل الجراد مطلقا.

كما احتجوا بأن الذكاة إنما تعتبر فى الحيوان المقذور عليه وهذا غير مقذور عليه فلم تعتبر فيه ذكاة قياسا على السمك، ولأنه لو أفترق إلى ذكاة لافتقر إلى نبح وذابح وآلة كبهيمة الأنعام.

ولأنه مما تباح ميتة فلم يعتبر له سبب لموته. كما يستدل للجمهور بمجموع الأحاديث الواردة فى حل الجراد مطلقا من غير تفريق بين ما مات بسبب أو بغير سبب.

الترجيح:-

مما سبق تبين لنا رجحان ماذهب إليه الجمهور من القول بحل الجراد بأى سبب مات وعلى أى حالة أخذ لقوة أدلتهم ولأن احتجاج المالكية بأية " حُرْمَةُ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةِ " مردود بأن هذه الآية مخصوصة بالحديث (أحل لنا ميتتان) وتخصيص القوآن بالسنة جائز.

فإن قيل إن هذا الحديث الأصح أنه موقوف على ابن عمر فلا يصلح لتخصيص الآية،

قلنا : إنه وإن كان موقوفا إلا أنه فى حكم المرفوع لأن قول الصحابى أحل لنا كذا أو حرم علينا كذا مثل قوله أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا وإذا ثبت أنه فى حكم المرفوع حكم لتخصيص الآية كما يؤيده حديث عبدالله ابن ابى أوفى السابق.

(١) المحلى ٧/ ٤٣٧، نصب الرأية ٤/ ٢٠٥.

إذا ثبت إباحة أكل الجراد سواء أخذ حيا أو ميتا، مات بسبب أو بغير سبب كما هو قول الجمهور فإنه يحل أكله بما فيه فلو أخذه إنسان فقلاده من غير أن يشق بطنه كان ذلك جليزا ولا شئ فيه.

والله أعلم

ثانيا : النحلة والنملة ^(١)

يحرم النمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قتله فيما روى عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدد والصرد ^(٢) .
وجه الاستدلال : أنه لو حل أكلها لما نهى عن قتلها ولأن ما نهى عن قتله لا تحل زكاته وقد ذكر الصنعاني في سبيل السلام ٤ / ٧٦ - ان تحريم النملة إجماع.
أما النحلة : -

فالجمهور على القول بتحريمها ^(٣)
مستدلين بالنهي عن قتلها كما في النملة.

(١) النحلة ذباب العسل، ولحده النحل وسميت نحلا لأن الله تعالى نحل الناس بالمعسل الذي يخرج منها إذ النحلة المعطية وهو حيوان فهم ذو كس وشجاعة ونظر بالمواقب ومعرفة بفصول السنة قيل إنه تسعه اصناف. أما النمل فواحدة نملة والجمع نمل وأرض نملة ذات نمل وسميت نملة لتتملها وهو كثرة حركتها وقلة قوائمها وهو لا يترواج ولا يتكاثر إنما سقط منه شئ حقير في الأرض فينمو حتى يصير بيضا وهو عظيم الحيلة في طلب الرزق . يراجع حياة الحيوان ١٢٤٩، ١٢٩٠.

(٢) سبل للسلام ٤ / ٧٦، نيل الأوطار ٨ / ١٢٦.

(٣) المصدرين السابقين، المجموع ٩٤ / ١٩، شرح المنتهى ٣ / ٣٩٧ المحلى ٤٠٥ / ٧.

ولأنها والنملة من المستحبات فدخلتا في عموم قوله تعالى " وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ " .
وروى عن بعض السلف إباحة أكلها وهو ظاهر مذهب مالك.

لعموم قوله تعالى : " قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا الآية.

ثالثاً : القنفذ (١) :-

من ذواب الأرض وهو امها.
وللفقهاء في حكم أكله قولان:
أولهما : ما ذهب إليه الحنفية (٢) والحنابلة (٣) والزيدية (٤)
والإمامية (٥) .

أن القنفذ حرام لا يؤكل.

أدلتهم: وقد استدلل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما يلي:
أ- روى عن عيسى بن نميلة الفزارى عن أبيه قال كنت عند
ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ فتلا هذه الآية - " قُلْ لَا
أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا " - الآية فقال شيخ عنده سمعت

(١) القنفذ هو واحد القناذ والأثني الواحدة قنفذة وهو بضم القاف ومكون النون وضم الفاء، وهو نوعان قنفذ يكون بأرض مصر قدر الفأر الكبير وآخر يكون بأرض الشام في قدر الكلب وهو مولع بأكل الأفاعي ولا يتألم بها كله شوك إلا رأسه وبطنه ويديه ورجليه. الشرح الكبير مع الدرر مع ١١٥ / ٢، نيل الأوطار ١١٧ / ٨، حياة الحيوان ١١١٣ / ٧.

(٢) البدائع ٣٦ / ٥، المبسوط ٢٥٥ / ١١.

(٣) المبدع ١٩٧ / ٩، المنهاج ٥٨٦ / ٨.

(٤) حقائق الأكل مع السيل الجرار ٤ / ١٠٦، ١٠٧، البحر الزخار ٣٣١ / ٥.

(٥) سيل السلام ٧٧ / ٤، نيل الأوطار ١١٨١ / ٨.

أبا هريرة يقول ذكر عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال
خبينة من الخبائث فقال ابن عمر إن كان قاله رسول الله صلى
الله عليه وسلم فهو كما قال^(١) .

دل الحديث على تحريم القنفذ حيث سماه النبي - صلى
الله عليه وسلم - خبيثة والخبائث محرمة بنص القرآن فيكون
هذا الحديث مخصصاً لعموم الآية السابقة.

ب- أن القنفذ يشبه الجرد والجرد محرم، فكان مثله لأنه يأكل
الحشرات.

ج- أن القنفذ مما تستخبثه الطباع والخبائث حرام بالنص.

د- أنه لما مسخ على صورته دل على تحريمه؛ لأن المسخ لا
يكون على صورة الحلال.

ثانيهما: ما ذهب إليه المالكية^(٢) والشافعية^(٣)
والظاهرية^(٤) وهو قول الليث وأبو ثور^(٥) وابن أبي ليلى^(٦) أن
القنفذ حلال بغير كراهة.

أدلتهم : وقد استدلوا بقولهم هذا بما يلي:

أ- سئل ابن عمر عن القنفذ فتلا قوله تعالى [قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا
أُوحَى إِلَىٰ مُحَرَّمًا]

(١) المصدرين السابقين وإسناده ضعيف.

(٢) الشرح الكبير مع النووي ٢ / ١١٥.

(٣) المهذب ١ / ٢٤٧.

(٤) للمحلى ٧ / ٤١٠.

(٥) نيل الأوطار ٨ / ١١٨.

(٦) مبطل السلام ٤ / ٧٧.

فكان القنفذ حلالاً لعدم ورود النص بتحريمه ومالم يرد نص بتحريمه يكون باقياً على أصل الحل.

وأما حديث ابن نميلة فهو حديث ضعيف لا تقوم به حجة ولا يقوى على تخصيص عموم الآية،

ووجه ضعفه: أن أهل الحديث أجمعوا على ضعفه قال الخطابي إسناده ليس بذاك وقال البيهقي إسناده غير قوى ورواية شيخ مجهول،

وقال ابن حجر في بلوغ المرام^(١) إسناده ضعيف، ضعف من جهة الشيخ المذكور، إذا ثبت هذا لم يكن الحديث حجة في تحريم القنفذ ولا كراهته.

قال الشوكاني^(٢): والحاصل أن القول بكراهته فقط غير صواب لأنه إن كان الدليل على ذلك حديث ابن نميلة فهو يسدل على التحريم وإن كان غيره فما هو؟

ب- أن الأصل فيما لم يرد فيه نص هو الرجوع إلى العرف فإن كانوا يستطيعونه فهو حلال وإن كانوا لا يستطيعونه فهو حرام والمنقول عنهم أنهم يستطيعون فحل بذلك لقوله تعالى "وَيَحِلُّ لَهُمُ الْبُطَيَّاتُ"

ج- أنه ليس من الحيوانات التي تتقوى بنابها فحل أكله كالأرنب.

(١) مسيل السلام ٧٧/٤.

(٢) المسيل الجرار ٤/ ١٠٦، ١٠٧.

الترجيح :-

مما سبق تبين لنا أنه لم يرد في تحريم القنفذ دليل صحيح والأصل فيما لم يرد فيه نص بالتحريم الحل لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

(الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا لكم عنه) ^(١) لذلك أجدني أميل إلى القول الثاني القائل بحل أكل القنفذ لتمشية مع الأصل ولا تساقه مع عموم قوله تعالى " خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً " وقوله " كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ " .

رابعاً : الضب ^(٢)

من هوام الأرض وصغار دوابها. وللفقهاء في حكم أكله قولين:

القول الأول:

وذهب إليه الحنفية ^(٣) والثوري ^(٤) وهو مروى عن علي بن أبي طالب ^(٥) وبه قال الزيدية ^(٦) يكره أكل الضب ^(٧).

(١) سبق تخريجه.

(٢) هو دويبة تشبه الجزذون لكنه أكبر منه قليلا ويقال للكثبي ضبة وجمعه أضب وضباب وضبان قال ابن خالوية إنه يعيش سبعمائة سنة وأنه لا يشرب الماء ويبول في كل أربعين يوما قطرة، وهو من جنس الزولف من رتبة العضا غليظ الجسم خشنة وله ذنب عريض حرش، كثير في صحارى الأقطار العربية، وهو يشبه التمساح الصغير. حياة الحيوان ٧٨٧، المعجم الوسيط ٥٥٢/١، فتح الباري ٥٨٠/٩، نيل الأوطار ٨ / ١١٩، المهذب ٢٤٧/١.

(٣) المبسوط ١١ / ٢٣٢، البدائع ٣٦/٥، ٣٧، العناية على الهداية ٩ / ٥٠٠، ٥٠١.

(٤) المغنى ٨ / ٦٠٣.

(٥) فتح الباري ٥٨٢/٩، نيل الأوطار ٨ / ١٢٠.

(٦) المسيل الجرار ١٠٤/٤، البحر الزخار ٥ / ٣٣٦.

(٧) نقل عن أكثر الحنفية للقول بكرامة التنزية وعن بعضهم للتحريم نيل الأوطار ٨ / ١٢٠، فتح الباري ٩ / ٥٨٤.

الأدلة :-

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة والآثار.

١- القرآن :-

استدلوا من القرآن بقوله تعالى [وَيَحْضَرُهُمْ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ] والضرب من الخبائث فكان محرماً بنص القرآن.

٢- من السنة :

استدلوا من السنة بما يلي:

أ- روى عن عائشة أنه أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم ضب فلم يأكله فقام عليهم سائل فارادت عائشة أن تعطيه فقال لها أتعطينه مالا تأكلين. (١)

دل الحديث على كراهته لنفسه ولغيره؛ لأنه لو كان امتناعه صلى الله عليه وسلم من أكله لكون نفسه تعافه فقط لما منع عائشة من التصديق به.

ب- روى عن جابر قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بضب فأبى أن يأكل منه وقال (لا أرى ثعلباً من القرون التي مسخت) (٢)

ج- روى أن أعرابياً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إنى فى غائط مضبة وإنه عامة طعام أهلى قال فلم يجبه فقلنا عاوده فلم يجبه ثلاثاً ثم ناداه رسول الله صلى الله عليه

(١) فتح البارى ٩ / ٥٨٤.

(٢) نيل الأوطار ٨ / ١١٩، فتح البارى ٩ / ٥٨٤. سنة أبى داود رقم ٣٧٩٥.

وسلم- في الثالثة فقال يا أعرابي إن الله لعن أو غضب على سبط من بن إسرائيل فمسخهم دوابا يدبون في الأرض، ولا أدرى لعل هذا منها فلم أكلها ولا أنهى عنها^(١)

دروى عن عبدالرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزاة فأصابتنا مجاعة فوجدنا ضبابا فبينما القدور تغلي بالضباب خرج علينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال إن أمة من بنى إسرائيل مسخت وإنى أخاف أن تكون هذه فاكفئوها فآلقينا بها^(٢) .

هـ- روى عن عبدالرحمن بن شبل أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحم الضب^(٣) .

من كل هذه الروايات يستفاد تحريم أكل لحم الضب لأنه نهى عنه والنهى يفيد التحريم، ولأنه من المسوخ والمسخوحرمة.

٣- أما الآثار : فقد روى عن علي أنه كره الضب^(٤) وكذا روى عن أبي الزبير أنه سأل جابر عن الضب فقال لا تطعموه^(٥)

(١) نيل الأوطار ٨ / ١١٩، ابن ماجه ٢ / ١٠٧٩، كما أخرجه الترمذى ٣٠٨/٣، بلفظ سئل رسول الله عليه وسلم عن أكل الضب فقال لا أكله ولا أحرمه.

(٢) المحلى ٧ / ٤٣١، فتح البارى ٩ / ٥٨٣، نيل الأوطار ٨ / ١٢٠، سبل السلام ٧٩/٤،

المصادر السابقة قال الزيلعى فى نصب الراية ٤ / ١٩٥، ضعيف الإسناد.

(٤) المحلى ٧ / ٤٣١، نيل الأوطار ٨ / ١٢٠.

(٥) المحلى ٧ / ٤٣١.

القول الثاني :-

وقد استدل الجمهور لمذهبهم هذا بما يلي:

١- روى عن خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة فأتى بضرب محنوذ فأهوى إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده فقال بعض النسوة أخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما يريد أن يأكل فقالوا هو ضب يا رسول الله فرفع يده فقلت أحرام هو يا رسول الله؟ فقال لا ولكن لم يكن بأرض قومي فأجذني أعافه قال خالد فاجتررتيه فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر^(١).

٢- وبما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان معه ناس فيهم سجد فأتوا بلحم ضب فنادت امرأة من نسائه إنه لحم ضب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلوا فإنه حلال ولكنه ليس من طعامي^(٢).

وجه الدلالة من الحديثين :-

يستدل من الحديث الأول على حل أكل الضب من وجوه:

الأول : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفى الحرمة عنه، وما نفى عنه الحرمة فهو حلال.

الثاني: أن الرسول صلى الله عليه وسلم بين السبب الذي ترك أكل الضب من أجله وهو أن نفسه تعافه، فإذا لم يكن التترك من جهة تحريمه دل ذلك على أنه ترك مباحا عافته نفسه ولم

(١) فتح الباري وصحيح البخاري ٥٨٠/٩، نيل الأوطار ١١٨/٨، نصب الرأية ١٩٥/٤.

(٢) للمصادر السابقة.

يشتهي، ولو عاف خبزاً أو لحماً أو تمرًا أو غير ذلك كان ذلك شيئاً من الطباع لا محرماً لما عاف.

أما الحديث الثاني: فهو يدل على ما دل عليه الحديث الأول وزيادة حيث جاء بصيغة الأمر بالأكل وبيان أنه حلال لمن أراد أكله وهذه أوضح صيغة في بيان الحل وهذا هو المطلوب.

٣- روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لخالد وابن عباس حين سأله عن الضب أحرام هو [كلا فإنني يحضرنى من الله حاضرة^(١)] ،

قالوا يعنى الملائكة وكان للحم الضب ريحٌ فترك أكله لأجل ريحه كما ترك أكل الثوم مع كونه حلالاً، وعلى هذا يكون لترك النبي صلى الله عليه وسلم الأكل من الضب سببان الأول أنه لم يكن بأرض قومه، الثاني أنه تركه لأجل ريحه، وعلى كلا الحالين فلم يكن الترك بسبب التحريم كما قال البعض وهو المطلوب.

٤- روى عن جابر أن عمر بن الخطاب قال فى الضب إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحرمه، وإن عمر قال إن الله لينفع به غير واحد وإتما طعام عامة الرعاء منه ولو كان عندي طعمته^(٢) .

(١) فتح الباري ٥٨٢/٩، الحاوى الكبير ١٥ / ١٣٩.

(٢) نيل الاوطار ٨ / ١٨.

٥- روى عن أبي سعيد قال كنا معشر أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لأن يهدى إلى أحد ناضب أحب إليه من نجاسة وقال عمر مايسرنى أن مكان كل ضب نجاسة سميئة ولوددت أن فى كل حجر ضب ضبين^(١)

فهذه الآثار تدل على أن معظم صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم يرون إباحة الضب ولم ينقل عن أحد منهم الكراهة إلا ما روى عن على بن أبى طالب كما ذكرنا سابقا. ولولا ذلك لكان هذا إجماعا من الصحابة على القول بالحل. ٦- أن الأصل الحل ولم يوجد المحرم فبقى على الإباحة.

المناقشة والترحيع :-

إذا أردنا أن نعرف رأى الراجح من الرأيين السابقين فعلينا أن نناقش أولا أدلة القولين فنقول وبالله التوفيق. ناقش الحنفية أدلة الجمهور بما يلى:

أ- أن أحاديث الإباحة وإن كانت صحيحة فهى محمولة على أن ذلك كان قبل ثبوت الحرمة، وإذا كانت أحاديث الإباحة سابقة كانت أحاديث الحرمة ناسخة.

ب- وعلى فرض عدم معرفة السابق منهما وأن أحاديث الإباحة معارضة بأحاديث التحريم فالأصل أنه إذا تعارض الدليل الحاضر والمبيح فإنه يغلب الموجب للحظر ويكون العمل بأدلة الحظر مقدم على أدلة الإباحة وهو المدعى^(٢) أما الجمهور فقد ردوا أدلة الحنفية بما يلى:

(١) المغنى ٨ / ٦٠٣، للمطى ٧ / ٤٣٢.

(٢) المبسوط ١١ / ٢٣١، الغنية على الهداية ٩ / ٥٠، ٥٠١.

أ- أما حديث عائشة فلا يدل على كراهته لنفسه ولا لغيره كما قال الحنفية، قال الطحاوي^(١) إن هذا يحتمل أن يكون من جنس ما قال الله تعالى : " لستم بأخذه إلا أن تغمضوا فيه " فقد كره الصدقة بالردئ من المال فهذا مثله يحتمل أن يكون كره لعائشة أن تتصدق به على أنه من الردئ من الطعام لا لكونه محرما فقد كان صلى الله عليه وسلم يحب الإنفاق من الجيد ومما يحب من المال.

ب- أما الأحاديث التي يفهم منها النهي عن الضرب أو كراهته لأنه مما مسخ فهي محمولة على أن ذلك منه صلى الله عليه وسلم قبل أن يعلم بأن الممسوخ لا نسل له، فلما علم بذلك لم ينه عنه، روى عن عبدالله بن مسعود قال سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن القردة والخنزير أهى مما مسخ فقال إن الله لم يهلك قوما - أو يمسخ قوما - فيجعل لهم نسلا ولا عاقبة^(٢).

ج- حديث عبدالرحمن بن حسنة الذي جاء فيه الأمر بإكفاء القنود بالضباب وإن كان صحيحا إلا أنه منسوخ بحديث خالد ابن الوليد وابن عباس ووجه ذلك.

أن ابن عباس لم يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في المدينة إلا بعد انقضاء غزوة الفتح وحنين والطائف ولم يغز عليه السلام بعدها الا تبوك ولم تصيبهم فيها مجاعة أصلا.

(١) فتح الباري ٥٨٤/٩، نيل الاوطار ٨ / ١٢٠.

(٢) فتح الباري ٥٨٤ / ٩، سبل السلام ٧٩ / ٤، الطحاوي ٤ / .

فإذا ثبت أن خبرا بن عباس متأخرا عن خبر عبدالرحمن ابن حسنة كان ناسخا له^(١).

د- أما حديث عبدالرحمن بن شبل فهو ضعيف لا تقوم به حجة قال الزيلعي^(٢) قال المنذرى فى مختصره وإسماعيل ابن عياش وضمضم فيهما مقال، وقال الخطابى ليس إسناده بذلك، وقال البيهقى لم يثبت إسناده إنما تفرد به إسماعيل ابن عياش وليس بحجة،

وقال ابن حزم^(٣) حديث ابن شبل فيه ضعفاء ومجهولون فسقط.

التحريج:-

بعد هذه المناقشة للأدلة يتبين لنا صحة ما استدل به الجمهور على حل أكل الضب، كما تبين لنا صحة بعض أدلة الحنفية القاضية بالكراهة كحديث عبدالرحمن بن حسنة، وكذلك حديث ابن شبل وإن ضعفه البعض إلا أن ابن حجر^(٤) قال إن حديث ابن عياش عن الشاميين قوى وهؤلاء شاميون ثقلت، وإن ما ذكر من ضعفه فهو تساهل لأن رواية عياش عن الشاميين قوية عند البخارى وقد صحح الترمذى بعضها، وبهذا تبين صحة بعض أحاديث الحنفية فى النهى عن أكل الضب وبهذا تتعارض

(١) المحلى ٧ / ٤٣٢.

(٢) نصب الرأية ٤ / ١١٥.

(٣) المحلى ٧ / ٤٣١.

(٤) فتح البارى ٩ / ٥٨٣.

الأحاديث فلا يبقى إلا الجمع بينها إن أمكن أو الترجيح والقول بالجمع عند إمكانه أولى من الترجيح.

وكيفية الترجيح:

أن يحمل النهي عن أكل الضب على أول الحال عند تجويز أن يكون مما مسح وحينئذ أمر بإكفاء القدر ثم توقف فلم يأمر به ولم ينه عنه،

ثم يحمل إلان في إباحته على ثانی الحال لما علم أن الممسوخ لا نسل له، وبعد ذلك كان يستقنره فلا يأكله ولا يحرمه، وأكل على مائدته فدل على الإباحة وتكون الكراهة للتنزيه في حق من يتقنره وتحمل أحاديث الإباحة على من لا يتقنره^(١).

وبناء على ما سبق فإن آخر الأمرين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إباحة الضب فمن استطابته نفسه أكله ولا كراهة في ذلك ومن عاقته نفسه امتنع عن أكله لكن لا لحرمة بل لعدم ميول نفسه إليه.

والله سبحانه أعلم

(١) المصدر السابق.

خامسا : كل حشرات الأرض وهوامها غير ما ذكر :-

سبق أن ذكرنا أن حشرات الأرض وهوامها كثيرة. وقد تحدثنا عن بعضها في مسائل مستقلة لاختلاف الفقهاء في أحكامها.

أما ما عدا ما ذكرنا من الحشرات والهوام^(١) - كالديدان والبعوض وبنات وردان والخنافس والعظاءة والعقارب والحيات

(١) البعوض مفردة جفيل بكسر الجيم وسكون الميم والناس يسمونه الجمران وهو أكبر من الخنافس شديد السواد في بطنه لون حمرة، والديدان جمع دود والتصغير دويد وهو أنواع كثيرة يدخل فيها الازقة ودود الخلل والزبل ودود الفاكهة والقذ، ومنه ما يولد في جوف الإنسان.

وأما بنات وردان بفتح الواو دويبة تتولد في الأماكن الندية وأكثر ما تكون في الحمامات منها الأسود والأخضر والأبيض وهي تألف الحشوش - أى مكان قضاء الحاجة.

وأما الخنافس فمفردها خنفساء وهي دويبة سوداء أصغر من الجعبل منتبه الريح تتولد من طفونة الأرض وبينها وبين العقرب صدقة وهي أنواع منها الجعبل وحمار قبان وبنات وردان.

وأما العظاءة بالطاء المعجمة المفتوحة والمد فهي دويبة أكبر من الوزغ تشبه سام أبرص إلا أنها أخص منه ولا تؤذى وهي أنواع كثيرة منها الأبيض والأحمر والأسفر والأخضر بحصب مملكتها. وتسمى في مصر بالسحلية. وأما العقرب فهي دويبة من الهوام واحدة العقارب منها السود والخضر والصففر ومن قواكل أشدها بلاء الخضراء وهي كثيرة الولد، لها ثمانية أرجل وعيناها في ظهرها.

وأما الحية فهو اسم يطلق على الذكر والأنثى وهي أنواع منها الرقشاء وهي التي فيها نقط سود وببيض ويقال لها الرقطاء وهي من أخبث الأفاعي ومنها الأرسر ومنها ما هو أزب ذو شعر ومنها ثوات للقرون ومنها للشجاع ومنها الأصله ومنها الصل ومنها ذو البقطين والأبكر ومن صفاتها أنها تسلخ جدها وتبيض ثلاثين بيضة وأما الوزغ فأنواع كثيرة من أكبرها سام أبرص وهو من الحشرات المؤنثات قيل إنه أصم وهو يلقح بفيه ويبيض كالحيات. وأما الدبر فهو الزنايبير ويجمع على دبور. يرجع حياة الحيوان صفحات ٤٠٠، ٤٧٥، ٧٣٦، ٩٧، ٦٧٠، ٨٦٩، ٨٩١٤، ١٣٥٢.

والذباب والفأر والقراد والأوزاغ والعناكب والدبر والقمل
والبراغيث والبق وغيرها فللقهاء فيها قولان.

القول الأول: وذهب إليه المالكية^(١) وابن أبي ليلى
والأشعر^(٢) والحشرات والهوام مكروهة غير محرمة^(٣) وعلى
هذا يجوز أكلها لكن مع الكراهة التنزيهية.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا بما يلي:

أ- قوله تعالى: " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم
يطعمه الآية.

فالآية نصبت على المحرمات فلا يحرم غير المذكور فيها
وحشرات الأرض ليست مما ذكر فيها فكانت خارجة عن محل
التحريم.

ب- روى عن مقام بن تلب عن أبيه قال صحبت النبي صلى
الله عليه وسلم فلم أسمع لحشرات الأرض تحريماً^(٤).

فهذا الحديث يؤيد القول بأن الأصل حل ما لم يرد دليل
بتحريمه، وحشرات الأرض لم يرد دليل بتحريمها، حيث لم
يذكر فيها النبي صلى الله عليه وسلم تحريماً أو تحليلاً فتكون
باقية على الأصل وهو الحل حتى يقوم دليل على التحريم.
ج- أنها ليست من بهيمة الأنعام ولا الطير ولا السمك.

(١) الشرح الكبير ١١٥/٢، للمفتي ١٣٢/٣.

(٢) المغني ٥٨٥/٨.

(٣) للمالكية في الفأر ثلاث روايات- إحداهما التحريم مطلقاً، ثانيها الكراهة مطلقاً، ثالثها
كراهة ما يصل إلى النجاسة وعدم كراهة ما لا يصل إليها- الشرح الكبير مع
اللمسقى ١١٥/٢.

(٤) نيل الأوطار ١١٨/٨، سنن أبي داود رقم ٣٧٩٨.

د- أنه لم يَقم دليل على تحريمها.

أما دليلهم على أنها تكره كراهة تنزيه.

فهو أن هذه الحشرات من الهوام فكره أكلها لغير ضرورة، ولأن الحية والعقرب والدبر في معنى السباع يكره أكلها كما يكره أكل لحوم السباع، ويحتمل أن تكون مكروهة لما فيها من السم مخافة على أكلها.

القول الثاني:-

أن هذه الحشرات محرمة لا يحل أكلها.

وقد ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم^(١) وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة منها:-

أ- قوله تعالى [ويحرم عليهم الخبائث] وهذه الحشرات والهوام مما تستخبثه العرب فكان داخلا في عموم الآية فيحرم.

ب- قوله تعالى [حرمت عليكم الميتة] إلى قوله [إلا ما ذكيتم]. وقد صح أن الزكاة في المقدور عليه لا تكون إلا في الحلق أو الصدر، فما لم يقدر على ذكاته فلا سبيل إلى أكله إذ هو حرام فامتنع أكله إلا ميتة غير منكى، كالسمك والجراد.

ج- ما روى عن سعد بن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الوزغ وسماه فويسقا^(٢) ، فالأمر بقتله دليل على حرمة، لأنه لو حل أكله لكان في قتله إضاعة للمال

(١) الهداية مع الفتح ٩ / ٥٠٠ ، ٥٠١ ، المجموع ٩ / ١٦ ، ١٧ ، ١٩ ، المبدع ٩ / ١٩٧ ،

شرح المنتهى ٣ / ٣٩٧ ، المحلى ٤٠٣ / ٧ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(٢) مفتى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٨ / ١٢٤ ، ابن ملج ٢ / ١٠٧٦ .

وهو منهى عنه ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم سماه فويسقا والفسق محرم.

د- ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه كله ثم ليطرحه^(١) ، فقد أمر بطرحه ولو كان حلالا أكله ما أمر بطرحه.

هـ- روى عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحرياء^(٢)

وكل ما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتله لا تحل ذكاته لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة المال، ولو كانت هذه الاشياء من الصيد المباح لم يبح قتلها،

ولأن الله قال- ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم - وقال - وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما"

و- أن الحية مما له ناب فتدخل في عموم النهى عن كل ذي ناب من السباع.

ز- أن ما لم يرد فيه نص بحل أو حرمة يرجع فيه إلى استنباط الطبائع أو استطابتها لقوله تعالى : " ويحرم عليهم الخبائث" وهذه الحشرات مما تستبئها الطبائع فكانت محرمة.

الترجيح :

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإننى أجد نفسى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من القول بحرمة هذه الحشرات والهوام لما ذكروه من أدلة ولما يأتى:-

(١) فتح البارى ١٠/ ٢٦١، ابن ماجه ٢/ ١١٥٩.

(٢) سبق تخريجه.

١- أن استدلال أصحاب القول الأول بالآية لا حجة فيه، إذ معناها لا أجد فيما أوحى إلى محرماً مما كنتم تأكلون وتستطيبون قال الشافعي وهذا أولى معاني الآية استدلالاً بالسنة.

٢- أما استدلالهم بحديث القتب فمردود من وجهين:-
الأول : أنه ضعيف قال البيهقي إسناده غير قوى. وقال النسائي ينبغي أن يكون ملقاً بن التلب ليس بالمشهور^(١) وقال ابن حزم^(٢) إن غالب بن حجرة والملقاً مجهولان.
الثاني: أنه لم سلم بصحته فلا حجة فيه لأنه ليس من لم يسمع حجة على ما قام به برهان النص، فعلم السماع لا يستلزم عدم ورود دليل.

وأما استدلال الجمهور بالأمر بالقتل تارة أو بالنهي عن القتل تارة أخرى على عدم الحل فقد سبق أن ذكرنا أن هذا الاستدلال موضع نظر.

ومما يرجح مذهب الجمهور هو أن هذه الحشرات الهوام مما تستخبثه النفوس، وتستبعد أكلها الطباع السليمة، وما كان كذلك كان داخلًا في عموم قوله تعالى : " ويحرم عليهم الخبائث - فالحشرات والهوام محرمة لهذا.

والله أعلم

(١) نيل الأوطار ٨ / ١١٨.

(٢) المحلى ٧ / ٤٠٥، ٤٠٦.

المبحث السابع

فى الذكاة

مما لا خلاف فيه بين أهل العلم أنه لا يحل أكل شئ مما يحل أكله من حيوان البر طائره ودارجه إلا بذكاة^(١) - حاشا الجراد وحيوان البحر وقد سبق بيان حكمهما.

ودليل ذلك قوله تعالى - [حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم] ، فقد استثنى سبحانه وتعالى الذكى من المحرم والاستثناء من التحريم إباحة فكان المنكى حلالا وغيره حراما.

(١) الذكاة فى اللغة الذبح وكذلك التذكية، والذكاة فى اللغة تمام الشئ وكماله ومنه الذكاء فى الفهم وهو تمامه، ومنه الذكاة فى السن ويقال ذكيت النار أى أتممت إشعالها، وذكى الحيوان ذبحه وكذلك " إلا ما ذكيتم أى ذبحتموه على التمام فمعنى ذكيتم أدركتم ذكاته على التمام .

النظم المستعذب ٢٥١/١ ، للتفسير الكبير ٥٥٨/٥ . قال القرطبى فى تفسيره ٢١٥١/٣ ، ذكيت الذبيحة لأنكيتها مشتقة من التطيب يقال رائحة ذكية فالحيوان إذا أميل لدمه فقد طيب لأنه يتسارع إليه التجفيف، فالذكاة فى الذبيحة تطهير لها ولهاذة، يراجع حاشية الشيخ صيرة ٢٣٩/٤ .

وقد عرف المالكية الذكاة فى الشرع بأنها عبارة عن إسهار السدم وفرى الأوداج فى المذبح، والنحر فى المنحور وللعقر فى غير المقنور مقرونا بنية القصد لله ونكره عليه.

يراجع أحكام القرآن للقرطبى ٢١٥١/٣ .

وعرفها الحنفية بأنها تسبيل الدم الفاسد للنفس المبسوط ٢٢١/١١ . وعرفها الشافعية بأنها ذبح فى الحلق واللبة إن قدر عليه وإلا فيعقر مزهق حيث كان - شرح المحلى على المنهاج ٢٤٠/٤ وعرفها الحنابلة بأنها ذبح أو نحر حيوان مقدور عليه مباح أكله يعيش فى البر لا جراد ونحوه يقطع حلقوم ومزى أو عقر ممتنع. شرح منتهى الإرادات ٤٠٤/٣ .

ثم إن الحرمة في الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول إلا بالذكاة ولأن الشرع إنما ورد بإحلال الطيبات قال تعالى (قل أحل لكم الطيبات) - وقوله [ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث] واللحم لا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذكاة.

ولهذا حرمت الميتة لأن المحرم فيها وهو الدم المسفوح قائم ولذا لا يطيب مع قيامه. لأنه يفسد في أدنى مدة ما يفسد في مثلها المنبوح.

وقد اشترط الفقهاء الذكاة فيما يحل أكله من حيوان السبر؛ لأن ما لا يحل أكله لا تعمل فيه الذكاة فحتى لو نكح لا يحل أكله وهذا محل اتفاق أهل العلم وإن اختلفوا في عمل الذكاة فيها من حيث طهارة جلودها بذلك^(١) ثم إن الفقهاء مجمعون على أن الصيد إذا أدركه صاحبه قبل موته وفيه حياة مستقره فإنه لا يحل

(١) اختلف الفقهاء في طهارة جلود الحيوانات المحرمة بالذكاة فذهب مالك وأبو حنيفة إلى طهارتها بالذكاة ولم يستثنوا من ذلك إلا الخنزير لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال دباغ الأديم نكاته أي كذكاته فشبّه الدبغ بالذكاة والمشبّه به أقوى من المشبّه، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يطهر بذلك؛ لأن الدبغ إنما يؤثر في مأكول اللحم فكذلك ما شبّه به، ثم إن الدبغ مزيل للخبث والرطوبات ومطيب للجلد على وجه لا يتغير، والذكاة لا يحصل بها ذلك فلا يستغنى بها عن الدبغ. يراجع البدائع ٨٦/١، بداية المجتهد ٤٤١/١، المهذب ١١/١، المغني ١/٧١.

قال ابن رشد في بداية المجتهد ٤٤١/١ وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة له فمن قال: إنها تابعة للحم قال إذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما مواء، ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وإن لم تعمل في اللحم فإنها تعمل في سائر أجزاء الحيوان لأن الأصل أنها تعمل في جميع الأجزاء لكن ارتفع عملها في اللحم بالدليل المحرم فيبقى عملها في سائر الأجزاء إلا أن يدل الدليل على المنع أ -

إلا بذكاة كما اتفقوا على حل أكله بغير نكاة إن أدركه ميتا لكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك^(١)

إذا تقرر أن الذكاة شرط في حل أكل الحيوان المأكول البرى كان لابد من التعرض لدراسة بعض أحكام الذكاة بما يحقق الغرض من هذا البحث وذلك في جملة مطالب.

- المطلب الأول : في أنواع الذكاة.
- المطلب الثاني : في صفة الذكاة.
- المطلب الثالث : في آلة الذكاة.
- المطلب الرابع : في التسمية على الذبح.
- المطلب الخامس : في ذبائح أهل الكتاب.
- المطلب السادس : في نكاة الأضطرار.
- المطلب السابع : في نكاة الجنين.

(١) من رمى صيدا أو أرسل عليه كلبه المعلم فمقره ولم يقتله فإن أدركه ولم يبق فيه حياة مستقرة بأن كانت حياته كحياة المذبوح فهذا يباح من غير ذبح بالاتفاق لأن الذكاة في مثل هذا لا تقيد، وكذلك إذا لم يدركه حيا بأن مات قبل إدراكه أما إن أدركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات رغم تمكنه من ذبحه لم يحل في قولهم جميعا لأنسه في حكم الحي الذي ترك تنكيته مع القدرة عليها فأشبهه خير الصيد ولما جاء في حديث عدى بن حاتم (وإن أدركته حيا فأنبحه). وإن كان فيه حياة مستقرة لكن لم يتسع الزمان لنكاته فإنه يحل عند المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ويقوم عقره مقام الذكاة له. ويرى الحنفية أنه لا يحل لأنه أدركه حيا حياة مستقرة فتعلقت بإحتماله بتذكيره، كما لو اتسع الزمان، يرجع البدائع ٥١/٥، بدلية المجتهد ١٥٨/١، ١٥٩، المهذب ٢٥٤/١، المقنى ٥٤٧/٨، البحر الزخار ٩٦.

المطلب الأول فى أنواع الذكاة

مما لا خلاف فيه أن الذكاة فى الحيوان المأكول إما ذبح وإما نحر^(١) وإما عقر فى غير المقدور عليه وأن الأصل فى الإبل هو النحر وأن الأصل فى البقر والغنم والطير هو الذبح^(٢) وذلك كله فى حالة الاختيار.

ودليل ذلك قوله تعالى " فصل لربك وانحر " - وقوله " إن الله يأمركم أن تنبحوا بقرة " وما ثبت من فعله صلى الله عليه وسلم [حيث ضحى بكبشين أقرنن ذبحهما بيده] فإن ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح ولم يكن هناك ضرورة لذلك فقد اختلف الفقهاء فى جواز ذلك وعدم جوازه إلى ثلاثة أقوال:
القول الأول: نودب إليه مالك^(٣)

أنه لا يجوز فى الإبل إلا النحر ولا يجزئ فى الغنم إلا الذبح بمعنى أنه لا يجوز ذبح ما ينحر ولا نحر ما يذبح، فإن فعل ذلك حرمت هذه الذبيحة ولا تؤكل. وقد استدلل لهذا القول بما يلى:-

(١) الذبح هو فرى الأوداج، ومحلّه ما بين اللبّة واللحيين، والنحر هو فرى الأوداج ومحلّه آخر الحلق وذلك بأن يضربها بحرية أو نحوها فى الوحدة التى بين أصل عنقها وصدرها. البدائع ٤١/٥، المغنى ٥٧٦/٨.
(٢) يرى المالكية أن البقر وشبهه كالجاموس وبقر الوحش إذا قدر عليه وحمار الوحش والتيتل والخيل على القول بحلها يجوز فيها الذبح والنحر وإن كان يندب فيها الذبح فإن نحرته أو ذبحت كانت حلالا. الدموقى والشرح الكبير ١٠٧/٢، بداية المجتهد ١/٤٤٤.

(٣) بداية المجتهد ١/٤٤٤، الشرح الكبير مع الدموقى ١٠٧/٢.

١- قوله تعالى (إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة).
فقد ذكر الله الذبح في البقر وهو أمر والأمر يفيد
الوجوب. ويمكن أن يناقش هذا بأنهم أول مخالف له حيث
يجيزون في البقر النحر والذبح جميعا.
ثم إن هذا أمر لبنى إسرائيل وليس لنا فلا يلزمنا العمل به.
٢- كما استدلوا بقوله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) الصافات
آية ١٠٧.

فالذبح بمعنى المذبح وهو الكبش الذي فدى الله به سيدنا
إسماعيل ، فدل على أن الأصل في الغنم هو الذبح لا يجوز فيها
غيره.

٣- ثم إنه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نحر الإبل
بمنى^(١) وذبح الكبشين إذ ضحى بهما^(٢)
فدل فعله صلى الله عليه وسلم على أن السنة فيهما ذلك
فلا تجوز مخالفته إذ نحن مأمورون باتباعه والافتداء به في
أفعاله كأقواله صلى الله عليه وسلم إذ الأحكام تؤخذ من جهته.
٤- أن أعناق الإبل طويلة وجلدها غليظ فإذا ذبحت فإنها تعذب
بخروج روحها وقد نهينا عن تعذيب الحيوان بقوله صلى الله
عليه وسلم " إذا قتلتم فأحسنوا القتل وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

(١) روى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نحرنا ما هنا ومنى كلها منحرفا
نحروا في رحالكم. نصب الراية ٣ / ١٦٣، سبل السلام ٢ / ٢٠٣.

(٢) حسن صحيح الترمذي ٣ / ١٦٣، ابن ماجه ٢ / ١٠٤٣، نصب الراية للزيلعي ٣
/ ٢١٥، ١٥٢، ١٥١ / ٤.

وليجد أحدهم شفرته وليرح ذبيحته" ^(١) إذا ثبت هذا كان النحر في الإبل واجبا فلا يجوز غيره.
 القول الثاني: وذهب إليه الحنفية ^(٢) وبه قال أشهب من المالكية ^(٣)
 أنه إن نحر ما ينبح أو نبح ما ينحر فإنه يؤكل لكن لمن الكراهة.

وقد استدلوا لذلك بما يلي:-

أ- أن الله نكر في الإبل النحر وفي البقر والغنم الذبح قال سبحانه (فصل لربك وانحر) الكوثر آية ٢.

قيل في التأويل أي انحر الجزور.

وقال في البقرة (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً) ٦٧ البقرة وقال في الغنم "وَفَدْيَيْنَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ".

ب- أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة.

ج- أن صحابة النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينحرون الإبل قياما معقولة الرجل اليسرى.

فدل ذلك على أن النحر في الإبل هو السنة.

د- أن الأصل في الذكاة إنما هو الأسهل على الحيوان، وما فيه نوع راحة له فهو أفضل، والأسهل في الإبل النحر لخلو لبثها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من حلقها.

^(١) نصب الراية ٤/ ١٧٨، الترغيب والترهيب ٢/ ١٠٣، ابن ماجه ٢/ ١٠٥٨،

سنن الدرهمى ٢/ ٨٢.

^(٢) البدائع ٥/ ٤١.

^(٣) بداية المجتهد ١/ ٤٤٤.

إذا ثبت هذا كان الأفضل في الإبل هو النحر وفي البقر والغنم الذبح فإن خالف في ذلك لم يؤثر في حل الأكل لوجود فرى الأوداج لكن مع الكراهة لمخالفته للسنة.
القول الثالث : وذهب إليه عامة العلماء^(١)

أنه يجوز نحر ما يذبح وذبح ما ينحر بغير كراهة.

أدلتهم:-

استدل للجمهور بما يلي :-

- ١- عموم قوله تعالى (إِلَّا مَا نَكَيْتُمْ) والذكاة في اللغة الشق وسواء كان ذلك بالذبح أو النحر.
- ٢- عموم قوله صلى الله عليه وسلم (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا)^(٢)

وفي رواية (ما أنهر الدم وفرى الأوداج فكل)^(٣)

ففي كل هذه الروايات عموم حيث لم يخص ذبحاً من نحر ولا نحرًا من ذبح فصح أن الكل مراد.

- ٣- روى عن أسماء أنها قالت نحرنا فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة^(٤)

(١) المصادر السابقة، شرح المحلى على المنهاج ٤ / ٢٤٣، المغنى ٨ / ٥٧٧، المحلى ٧ / ٤٤٥، ٥٤٦، البحر الزخار ٥ / ٣٠٥.

(٢) نصب الرأية ٤ / ١٨٦، منتقى الأخبار ٨ / ١٤١، فتح البارى ٩ / ٥٣٨، ٥٣٩.

(٣) روى في الموطأ مع الزرقاني ٣ / ٨٧ موقوفا على ابن عباس وروى في نصب الرأية ٤ / ١٨٦ بلفظ كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج .

(٤) وفي رواية عنها ذبحنا فرسا. يراجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٩ / ٥٥٦، منتقى الأخبار ٨ / ١٤٣، ابن ماجه ٢ / ١٠٦٤، الدرامى ٢ / ٨٧.

٤- روى عن عائشة قالت ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع البقرة عن أزواجه^(١) فقد ثبتت من هذه الروايات أن الرسول صلى الله عليه وسلم ذبح البقرة وكذلك الصحابة في عهده نحروا الفرس وهو مما يذبح ولو كان غير جائز ما فعله الرسول ولما أقر أصحابه على فعله.

٥- روى عن البراء بن عازب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أول ما نبأ به في يومنا هذا أن نصلى ثم نرجع فننحر فمن فعل ذلك فقد أصاب سنتنا ومن ذبح قبل ذلك فإنما هو لحم قمنه لأهله^(٢).

٦- روى عن طريق ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يذبح وينحر بالمصلى^(٣).

فقد فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأضاحي الذبح والنحر عموماً وفيها الإبل والبقر والغنم ولم يخص عليه السلام شيئاً من ذلك بنحر دون ذبح ولا بذبح دون نحر ولو كان أحد الأمرين لا يجوز أو يكره لبينه النبي صلى الله عليه وسلم.

٧- روى عن ابن عباس قال قلت للإبل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهم أن ينحروا البقر^(٤).

الفرج:

والذي أميل إليه وأراه راجحاً من هذه الآراء هو ما عليه الجمهور من جواز ذلك بغير كراهة لما استدلوا به ولما يأتي:

(١) ذكر البخاري ٣٠٩/١ قالت فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا قال نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وعند ابن ماجه ١٥٤٣/٢ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر عن آل محمد صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بقره ولحده.

(٢) نصب الرية ٤ / ٢١٢، فتح الباري ١٠ / ٥.

(٣) فتح الباري ١١/١٠، ابن ماجه ١٠٥٥/٢.

(٤) إسناده صحيح ابن ماجه ١٠٤٣/٢.

أ- أن الأمر في قوله تعالى "فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنحر" ليس لعينه بل المراد وبه إنهار الدم وإفراء الأوداج وقد وجد ذلك بالذبح كما وجد بالنحر حيث لا فرق.

ب- أن النحر أو الذبح ذكاة في محل الذكاة فجاز أكل الحيوان به.

ج- نحر النبي صلى الله عليه وسلم الإبل وذبحه للشياة إنما ذلك فعل لا أمر، وليس ذلك بمائع من غير هذا الفعل، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نحر ما ينبح وذبح ما ينحر كما ثبت عن صحابته كما سبق.

د- قولهم إن ذبح الجمل تعذيب له قول خاطئ لأن تعذيبه بالذبح كتعذيبه بالنحر ولا فرق ثم إن جلده ليس بأغظ من جلد الثور، وما تعذيب العصفور والحمامة والدجاجة بالنحر إلا كتعذيبها بالذبح ولا فرق.

هـ- روى عن علي أنه أباح أكل بعير ضرب عنقه بالسيف ورأى ذلك ذكاة وحية أى سريعة وهذا ليس بنحر وإنما هو ذبح، ولو كان الذبح غير جائز ما كان ذلك ذكاة له.

و- روى عن عكرمة أن ابن عباس أمره أن ينبح جزورا وهو محرم والجزور هو البعير.

ز- روى عن عطاء أنه قال الذبح من النحر والنحر من الذبح.

ح- روى عن الزهر وقتادة أنهما قالوا الإبل والبقر إن شئت ذبحت وإن شئت نحرت.

فكل هذه أفعال للصحابة والتابعين وهى تدل على أن ذبح ما ينحر ونحر ما ينبح جائز بغير كراهة. وهذا هو المدعى.

والله اعلم

المطلب الثاني

فى

صفة الزكاة

إذا كان الأصل فى الإبل هو النحر فالمستحب هو أن تتحر معقولة اليد اليسرى من قيام لما روى أن ابن عمر رأى رجلاً أضجع بدنة فقال قياماً سنة أبى القاسم صلى الله عليه وسلم^(١).

كما أن الأصل فى البقر والغنم هو الذبح كما سبق فتنبح مضجعة موجهة إلى القبلة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده ووضع رجله على صفائحهما وسمى وكبر^(٢) وأما توجيهها إلى القبلة فلأنه لا بد لها من جهة فكانت جهة القبلة أولى.

كما يستحب أن يكون الذبح بسكين حاد لحديث (إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحكم شفرته وليرح ذبيحته) وأن يكون ذلك فى الحلق واللبة إجماعاً^(٣).

ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال [الزكاة فى الحلق واللبة] ثم إنه مجمع العروق فبالذبح فيه تتسفع الدماء ويسرع ذهوق النفس فيكون أطيب للحم.

(١) الحديث فى نصب الرأية ٣/ ١٦٢، البخارى مع الفتح ١١/ ٣٠٩، ٣١٠.

(٢) سبق تخريجه

(٣) المغنى ٨/ ٥٧٥، واللبة هى الوعدة التى بين أصل العنق والصدر.

ومما لا خلاف فيه أن كمال الذبح هو أن يقطع
الودجين^(١) والحلقوم^(٢) والمرئ^(٣) فمن فعل ذلك فقد أتى بالنكاة
بكمالها^(٤) إذ إن هذا أسرع لخروج روح الحيوان فيكون من
إحسان الذبح الذي أمر به النبي صلى الله عليه وسلم، ولأن فيه
خروجاً من الخلاف.

فإن قطع البعض من هذه الأرباب المذكورة فأسرع الموت
كما يسرع من قطع جميعها فهل تحل أم لا ؟ اختلف الفقهاء في
ذلك وحاصل خلافتهم كالآتي:-

القول الأول : ذهب مالك في رواية^(٥) ورواية عن أحمد
^(٦) وبه قال أبو ثور^(٧) والزيدي^(٨)

إلى أنه لا بد في النكاة من قطع الحلقوم والمرئ والودجين
واستدلوا لذلك بما روى عن أبي هريرة قال [نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان]^(٩) وهي التي تنبش
فتقطع الجلد ولا تفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت والأوداج
اسم يقع على الحلقوم والمرئ والعرقين اللذين عن جنبهما، ولأن
كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر؛ لأن

(١) وهما عرقان غليظان في جانبي ثفراء النحر - محيطان بالحلقوم.

(٢) وهو مجرى النفس.

(٣) المرئ هو مجرى الطعام والشراب من الحلق.

(٤) البدائع ٥ / ٤١، بداية المجتهد ١ / ٤٤٤، المهذب ٢٥٢ / ١ المغني ٥٧٥ / ٨، المحلى

٤٣٨ / ٧، البحر الزخار ٥ / ٣٠٨.

(٥) بداية المجتهد ١ / ٤٤٥.

(٦) المغني ٨ / ٥٧٥.

(٧) الجامع لاحكام القرآن ٣ / ٢١٥٢.

(٨) البحر الزخار ٥ / ٣٠٨.

(٩) منتقى الاخبار ٨ / ٤٣ اوفى اسناده عمر بن عبد الله الصنعائي وقد تكلم فيه غير

واحد.

الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والودجين مجرى الدم فإذا ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه، وكذلك إذا ترك غيره وروى عن أبي يوسف ^(١) لا بد من قطع الحلقوم والمرئ وأحد الودجين لأنه يحصل بقطع أحدهما المقصود منهما وهو تسيل الدم وذلك بخلاف غيرهما.

القول الثاني وهو قول أبي حنيفة ^(٢)

إن قطع ثلاثة وترك الرابع أى الأربعة ترك الحلقوم أو المرئ أو أحد الودجين فهو حلال أكله وإن قطع اثنين فقط لم يحل وروى عن مالك ^(٣) لا يحل إلا بقطع الحلقوم والودجين. ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل).

ولأن المقصود من الذبح إزالة المحرم وهو الدم المسفوح.

فالمعتبر هو الموت على وجه يطيب معه اللحم ويفترق فيه الحلال وهو اللحم من الحرام وهو الدم الذى يخرج بقطع الأوداج وذلك بقطع الأكثر من العروق الأربعة ولأكثر حكم الكل فيما بنى على التوسعة فى أصول الشرع، والزكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفى فيها بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء وإنما اختلفوا فى الكيفية فيقام الأكثر فيها مقام الجميع.

القول الثالث: وذهب إليه الشافعية ^(٤) والحنابلة فى المذهب ^(١)

^(١) البدائع ٥ / ٤١، ٤٢، أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٤٣٤.

^(٢) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

^(٣) بداية المجتهد ١ / ٤٤٥، الجامع لأحكام القرآن ٣ / ٢١٥٢.

^(٤) المهذب ١ / ٢٥٢، شرح المطى ٤ / ٢٤٢.

أنه لو اقتصر على قطع الحلقوم والمرئ لجزاء لأن الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والروح لا تبقى مع قطعهما عادة وقد تبقى بعد قطع الودجين إذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق.

القول الرابع: وذهب إليه ابن حزم الظاهري^(١)

أنه يكفي في حل الحيوان أن يقطع بعض هذه الآراب المذكورة فيسرع الموت إلى الحيوان كما يسرع من قطع جميعها فإن لم يسرع الموت فليعد القطع ولا يضره ذلك شيئاً وأكله حلال لأن المعتبر هو الذكاة والذكاة في اللغة الشق في الحلق و قطع يكون الموت في أثره، أو النحر في الصدر بحيث يكون الموت في أثره، فإذا قطع بعض هذه الأربعة فقد وجدت الذكاة فيحل الحيوان بذلك ، ولو أن الذكاة لا تكون إلا بقطع بعض الاراب المختلف فيها دون بعض أو بقطع جميعها أو بصفة من الصفات التي اختلف الناس فيها لما ترك الله تعالى بيانها ولا أغفل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الترجيح:-

والذي أميل إليه وأراه راجحاً هو القول الأول لأن فرى الأوداج شرط في الذكاة والأنواج اسم يقع على الحلقوم والموى والعرقين اللذين عن جنبيهما.

أما كون فرى الأوداج شرطاً في الذكاة فلما روى من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان وقد فسر بالتى تنبح فيقطع الجلد ولا يفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت.

(١) المغنى ٢٧٥/٨.

(٢) المحلى ٤٣٨/٧، ٤٤٢.

وبما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا السن والظفر، وحديث اذبحوا بكل ما أفرى الأوداج وأهرق الدم ما خلا السن والظفر^(١).

فالمعتبر في هذا هو فرى الأوداج وتسييل الدم حتى يطيب اللحم، وكل ما كان أسرع في إزهاق روح الحيوان فهو أولى للنهي عن تعذيب الحيوان والأمر بإحسان الذبحة.

ذبح الحيوان من القفا:-

إذا قطع إنسان أعضاء الذكاة في الحيوان من ناحية العنق فهل يحل الحيوان بذلك أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذا وكان خلافتهم على النحو التالي:-

أ- ذهب المالكية وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهري^(٢) وهو قول أحمد^(٣).

إلى أنها لا تؤكل حتى لو استوفى القطع وأنهر الدم وقطع الحلقوم والودجين.

ودليلهم على ذلك:-

١- ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا إن الذكاة في الحلق واللبة^(٤).

فقد بين محلها وعين موضعها بقوله وبفعله، حيث ذبح صلى الله عليه وسلم وفي الحلق ونحر في اللبة، والذبح من القفا

(١) ذكر في الموطأ بشرح الزرقاني ٣ / ٨٢، أنه موقوف على ابن عباس.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣ / ٢١٥٢؛ بدلية المجتهد ١ / ٤٤٦.

(٣) هذا إذا تمم ذبحها من القفا فإن فعل ذلك خطأ بأن التوت الذبيحة عليه فأنت المسكين في قفاهما فإنها تحل إذ هي بمثابة المعجوز عن ذبحها في محل ذبحها فسقط اعتبار المحل فهي كالمتردية في بئر . المقتنى ٨ / ٥٧٨.

(٤) رواه أبو هريرة وفي إسناده مقال- منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٨ / ١٤٢، ١٤١، ورجح في نصب الرأية ٤ / ١٨٥ وقفه على ابن عباس وعمر.

ليس نبجا في الحلق ولا نحرا في اللبة من الصفات التي اختلف الناس فيها لما ترك الله تعالى بيانها ولا أغفل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الترجيح:-

والذي أميل إليه وأراه راجحا هو القول الأول لأن فرى الأوداج شرط في الزكاة والأوداج اسم يقع على الحلقوم والموى والعرقين اللذين عن جنبيهما.

أما كون فرى الأوداج شرطا في الزكاة فلما روى من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شريطه الشيطان وقد فسر بالتى تذبح فيقطع الجلد ولا يفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت. وبما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا السن والظفر، وحديث أنبحوا بكل ما أفرى الأوداج وأهرق الدم ما خلا السن والظفر^(١).

فالمعتبر في هذا هو فرى الأوداج وتسييل الدم حتى يطيب اللحم، وكل ما كان أسرع في إزهاق روح الحيوان فهو أولى للنهي عن تعذيب الحيوان والأمر بإحسان الذبحة.

ذبح الحيوان من القفا:-

إذا قطع إنسان أعضاء الزكاة في الحيوان من ناحية العنق فهل يحل الحيوان بذلك أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذا وكان خلافتهم على النحو التالي:-

أ- ذهب المالكية وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهري^(٢) وهو قول أحمد^(٣).

(١) ذكر في الموطأ بشرح الزرقاني ٣ / ٨٢، انه موقوف على ابن عباس.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣ / ٢١٥٣ بداية المجتهد ١ / ٤٤٦.

(٣) هذا إذا تعدد ذبحها من القفا فإن فعل ذلك خطأ بأن التوت الذبيحة عليه فأتت السكين على قفاما فإنها تحل إذ هي بمثابة المعجوز عن ذبحها في محل ذبحها لمسقط اعتبار المحل فهي كالمتردية في بئر المغنى ٨ / ٥٧٨.

إلا أنها لا تؤكل حتى لو استوفى القطع وأنهر الدم وقطع الحقوق والودجين.

ودليلهم على ذلك:-

١- ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا إن الزكاة في الحلق واللثة^(١)

فقد بين محلها وعين موضعها بقوله وبفعله، حيث ذبح صلى الله عليه وسلم في الحلق ونحر في اللثة، والذبح من القفا ليس ذبحاً في الحلق ولا نحرًا في اللثة.

٢- أن الزكاة وإن كان المقصود منها إنهار الدم إلا أن فيها ضرباً من التعبد.

فإذا لم تقع بنية ولا بشرط ولا بصفة مخصوصة زال منها حظ التعبد فلم تؤكل لذلك.

٣- أن الزكاة لا تعمل في منفوذة المقاتل، فالقاطع لأعضاء الزكاة من القفا لا يصل إليها بالقطع إلا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل، فتزد الزكاة على حيوان قد أصيب مقتله فلا تصح.

٤- أن في الفعل تعذيب للحيوان وزيادة إيلاء دون حاجة وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان.

ب- وذهب الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والخبالة^(٤) والظاهرية

(١) رواه أبو هريرة وفي إسناد مقال- منقلى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٨ / ١٤١، ١٤٢، ورجح في نصب الزاوية ٤ / ١٨٥ وقفه على ابن عباس وعمر.

(٢) يرى الحنفية الحل لكن مع الكراهة لأن ذلك زيادة في ألمها من غير حاجة. البدائع ٥ / ٤٢.

(٣) المهذب ١ / ٢٥٢، شرح المحلى على المنهاج ٤ / ٢٤٢.

(٤) هذه رواية القاضي وهي المصححة في المذهب- المغنى ٨ / ٥٧٨.

(١) والزبدية^(٢) وهو مروى عن علي وعمران بن الحصين وابن عمر^(٣) إلى أنها تحل بذلك إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمرئ وإلا لم تحل ويعتبر ذلك بالحركة القوية.

وقد استدلوا لذلك بما يلي:-

- ١- أما دليل حل ما ذبح من اللقا وفيه حياة مستقرة أنه اجتمع فيه قطع ما تبقى الحياة معه مع الذبح، والذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكيله السبع والمتردية والنطحية.
- ٢- ولأن فاعل ذلك فرى الأوداج وأنهر الدم وما فرى فيه الأوداج وأنهر الدم فإنه يحل لحديث (ما أنهر الدم وفرى الأوداج فكل)^(٤) ولو كان ههنا صفة لازمة ليينها النبي صلى الله عليه وسلم كما بين وجوب أن لا يؤكل ما أنهر الدم وأن لا يكون ذلك بسن ولا ظفر .. الخ.
- ٣- روى ابن علي بن أبي طالب قال في الدجاجة إذا قطع رأسها ذكاة وحية أى سريعة وأمر بأكلها.
- ٤- روى أن رجلاً ضرب عنق بطة بسيفه فأبان رأسها فسأل عمران بن الحصين فأمره بأكلها.
- ٥- روى أن خبازاً لأنس بن مالك ذبح دجاجة فاضطربت عليه فذبحها من قفاها فأبان رأسها فأرادوا طرحها فأمرهم أنس بأكلها.

(١) المحلى ٧ / ٤٣٩، ٤٤٣، ٤٤٤.

(٢) قال صاحب البحر الزخار ٥ / ٣٠٥، ٣٠٦، ويجزى في اللقا إن فرى الأوداج قبل موته وتكره لمخالفته للشرع.

(٣) بدلية للمجتهد ١ / ٤٤٦.

(٤) سبق تخريجه.

٦- روى عن أن عباس قال إذا أهرق الدم وقطع الودج فكله.

٧- سئل الشعبي عن ذبح من القفا فقال إذا سميت فكل.

٨- سئل إبراهيم النخعي عن دجاجة ذبحت من القفا فقال تلك القفينة لا بأس بها.

فكل هؤلاء الصحابة والتابعين يجيزون ما ذبح من القفا إذا قطعت العروق وفيه حياة مستقرة أما إن قطعت وليس فيها حياة فلا تحل عند الجميع لأنها صارت ميتة قبل الذكاة وهي لا تحل الميتة.

الترجيح:-

والذي أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه الجمهور من القول بحل ما ذبح من القفا إذا تيقن من حياته عند قطع العروق لقوة أدلتهم وضعف أدلة القول الأول- وبيان ضعفها كالتالي:-

١- أما الاستدلال بحديث (الذكاة في الحلق واللبة) فهو ضعيف لأنه ليس في كون الذكاة في الحلق ذكاة من ورائه دون أمامه أو من أمامه دون ورائه فبطل الاستدلال به.

٢- قولهم إن الذكاة لا تعمل في منفوذ المقاتل- قلنا نعم إذا لم يبق فيه حياة مستقرة وهذا أمر مسلم به أما إن تم القطع وفي الحيوان حياة مستقرة فإن الذكاة تعمل فيه.

المطلب الثالث

فى آلة الذكاة

سبق أن ذكرنا أن أنواع الذكاة فى الحيوان المقدور عليه إما ذبح وإما نحر، وهذا الفعل يستلزم آلة يقطع بها العروق والأوداج ويسيل الدم.

وقد اتفق الفقهاء^(١) على أن كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج من حديد أو صخر أو عود أو قصب^(٢) تجوز به الذكاة. ودليلهم على ذلك ما يلى:-

أ- روى رافع بن خديج قال قلت يا رسول الله إننا لاقو العدو غداً وليس معنا مدى فقال رسول الله - ﷺ - ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر ... الخ^(٣).

ب- روى عن عدى بن حاتم أنه قال قلت يا رسول الله أرايت إن أصاب أحدنا صيداً وليس معه سكين أينكى بمروءة أو

(١) البدائع ٥/ ٤٢، بدلية المجتهد ١/ ٤٤٧، للنسوقى والشرح الكبير ٢/ ١٠٧،

المهذب ١/ ٢٥٢، المغنى ٨/ ٥٧٤، المحلى ٧/ ٤٥٠، للبحر الزخار ٥/ ٣٠٦.

(٢) يشترط فى آلة الذبح أن تكون حادة محددة وسواء كانت من حديد أو من غير حديد كالعود المحدد والحجر المحدد والقصب الحاد، وإنما شرط فى الآلة أن تكون حادة حتى لا يعذب الحيوان، ولهذا أمر رسول الله - ﷺ - بإحسان الذبحة بقوله (إن الله كتب الإحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتل وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته، فإذا قتل الحيوان بمثل - أى غير محدّد لم يحل لأهله وقبضه. (٣) سبق تخريجه.

- بشقة العصا فقال - عنه - أمر الدم بما شئت وذكر اسم الله تعالى^(١). والمروءة هي الحجر الصوان فقد دل الحديث على جواز الذبح بالحجر والعصا وكل ما أنهر الدم.
- ج- روى أن جارية لكعب بن مالك ذبحت شاة بمروءة فسأل كعب رسول الله - ﷺ - عن ذلك فأمر بأكلها^(٢).
- د- روى أن رجلاً من بنى حارثة كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئاً ينحرها به فأخذ وتداً فوجأها به في لبتها حتى أهرق دمها ثم جاء النبي - ﷺ - فأمره بأكلها^(٣).
- غير أن الفقهاء اختلفوا في الذبح بغير ذلك من السن والظفر والعظم أيجوز الذكاة بها أم لا على أقوال:-
- ١- الذكاة بالسن والظفر:-**

السن والظفر إما أن يكونا قائمين أو منزوعين فإن كانا غير منزوعين فلا يحل الذبح بهما^(٤) لما روى عن النبي - ﷺ - أنه سئل عن الذبح بالمروءة وشقة العصا فقال ما أنهر الدم وذكر

(١) منتقى الأخبار ٨ / ١٣٩، المستدرک للحاکم، ابن ماجه ٢ / ١٠٦.

(٢) منتقى الأخبار ٨ / ١٣٩، صحيح البخارى مع الفتوح ٩ / ٥٤٦، الموطأ مع شرح الزرقاني ٣ / ٨٢.

(٣) رواه أبو داود في السنن، ورواه مالك في الموطأ مع الزرقاني ٣ / ٨١، ٨٢ بلفظ (فذاهاها بشغلظ- أى بوترد- فقال ليس بها بأس).

(٤) البدائع ٥ / ٤٢، أحكام القرآن للجصاص ٣٣٣ / ١، المهذب ١ / ٨، المغنى ٨ / ٥٧٤، البحر الزخار ٥ / ٣٠٦، المحلى ٧ / ٤٥٠.

اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة.

فقد علل النهي بأنه مدى الحبشة وهم إنما كانوا يذبحون بالظفر القائم في موضعه غير المنزوع.
وقال ابن عباس ذلك الخفق.

ثم إن الذبح بالظفر والسن غير المنزوع ينرد ولا يفرى - أى يقتل بغير نكاة - فلذا لم تصح الذكاة بهما فإن ذبح بهما قائمين غير منزوعين لم يحل المنبوح وكان ميتة كغير المنبوح لأن الذابح يعتمد على الذبيح فيخفق ولم يحك في هذا خلافاً إلا رواية عن مالك^(١) أنه يكره الذبح بهما ولا يحرم فإن ذبح بهما حل المنبوح مع الكراهة، والرواية الثانية عنه أنه يجوز الذبح بهما بغير كراهة.

أما إن كانا منزوعين فقد اختلف الفقهاء في جواز الذكاة بهما وبيان خلافهم فيما يلي:-
أ- ذهب الحنفية^(٢) ورواية عن مالك^(٣).

إلى أنه يجوز الذبح بهما في حال الانفصال إذا فرى الأوداج مع الكراهة.

(١) النسوقى والشرح الكبير ١٠٧ / ٢.

(٢) البدائع ٤٢ / ٥، أحكام القرآن للجصاص ٤٣٦ / ٢.

(٣) وقد صحح ابن رشد هذه الرواية، النسوقى والشرح الكبير ١٠٧ / ٢.

أما دليل الجواز: فهو أن الزكاة هي قطع الأوداج، والسن والظفر المنزوعين لما قطعاً الأوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمرودة لببطة القصب.

أما السن والظفر المنهى عن الذبيحة بهما فهما القائمين في صاحبهما بدليل ما ورد عن النبي - ﷺ - أنه قال إنها مدى الحبشة لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لإظهار الجلادة وذلك بالظفر القائم لا بالمنزوع.

ومما يؤيد هذا ما ورد في بعض الروايات (إلا ما كان قرصاً بسن أو حزا بظفر)^(١) والقرص إنما يكون بالسن القائم.

وأما وجه الكراهة في الذبح بهما فهو من جهة الكلاله لما يلحق الحيوان من الألم الذي لا يحتاج إليه في صحة الزكاة وهو منهي عنه بحديث (إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته إلخ).

ب- وذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والزيديّة^(٤) والظاهرية^(٥) وهو رواية عن مالك^(٦) وبه قال الليث^(٧) والثوري^(٨) أنه لا يجوز الذبح بالسن والظفر مطلقاً قائمين أو منزوعين.

(١) نصب الرية ٤ / ١٨٦.

(٢) المهذب / ٢٥٠، الإقناع ٢ / ٢٧٠، ٢٧١.

(٣) المغنى ٨ / ٥٧٤.

(٤) البحر الزخار ٥ / ٣٠٦.

(٥) المحلى ٧ / ٤٥٠.

(٦) وقد صحح الباجي هذا القول للدموقي والشرح الكبير ٢ / ١٠٧.

وأدلتهم على ذلك:-

١- قول النبي - ﷺ - [ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة].

حيث استثنى الظفر والسن من الإباحة والاستثناء من الإباحة تحريم، ثم إنه علل بكون الظفر مدى الحبشة وقد نهينا عن التشبه بهم.

٢- أن ما لم تجز الزكاة متصلاً لم تجز به منفصلاً كغير المحدد.

٢- الترجيح:-

والذي أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من عدم جواز الذبح بالسن والظفر مطلقاً، لعموم النهي في الحديث وهو يفيد التحريم، ثم إن الزكاة فيها معنى التعبد فيجب الاقتصار على ما جاء به الشرع والانتفاء عما نهى عنه، والشارع أجاز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا بالسن والظفر ولم يفرق بين القاسم والمنزوع.

٢- الذكاة بالعظم:-

كما اختلف الفقهاء في الذبح بالسن والظفر اختلفوا في بقية العظام غير السن هل النهي عن السن نهى عن غيرها من

(٢) المحلي ٧ / ٤٥٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٤٣٦.

العظام أم هو قاصر على السن فقط؟ وبيان خلافهم فيما يلي:-
أ- ذهب الشافعية^(١) والزيدية^(٢) وهو رواية عن مالك^(٣) ورواية
عن أحمد^(٤) وبه قال النخعي^(٥) والليث إنه لا يحل التذكية بالعظم
مطلقاً.

ودليلهم:-

ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ما أنهر الدم
وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر وسأحدتكم عن ذلك
أما السن فعظم إلخ.

ب- وذهب الجمهور من الفقهاء^(٦).

إلى جواز الذبح بالعظم غير السن إلا أن منهم من أطلق
ذلك دون تقييد ومنهم من قيده بعظام دون عظام^(٧).

(١) الاقناع ٢/ ٢٧٠، ٢٧١، شرح المحلى على المنهاج ٤/ ٢٤٣.

(٢) البحر الزخار ٥/ ٣٠٦.

(٣) يراجع النسوي وللشرح للكبير ٢/ ١٠٧.

(٤) المغنى ٨/ ٥٧٤.

(٥) المصدر السابق، للمحلى ٧/ ٤٥٠.

(٦) البدائع ٥/ ٤٢، النسوي وللشرح للكبير ٢/ ١٠٧، المغنى ٨/ ٥٧٤، المحلى ٧/ ٤٥٠، ٤٥١.

(٧) لم تجز الظاهرية الزكاة بعظم الانسان والخنزير والحمار الاهلى والسبع واجازوا
الزكاة بغيرها من عظام الميتة، لأن عظم الانسان مواراته فرض وعظم الخنزير
رجس وعظم الحمير أيضاً رجس فكان لاجتنبهما واجب. المحلى ٧/ ٤٥٠، ٤٥١.

ودليلهم على ذلك:

١- أن العظم دخل في عموم اللفظ المبيح وهو ما أنصر الدم وذكر أسم الله عليه فكلوا ثم استثنى السن والظفر خاصة فيبقى سائر العظام داخلاً فيما يباح الذبح به والمنطوقه مقدم على التعليل.

٢- ثم أنه - ﷺ - علل النهى عن الظفر بكونه من مدى الحبشة فكان مقتضى العلة أن يحرم الذبح بمدى الحبشة من أى شئ كانت لكن هذا غير مراد فثبت أن النهى عن السن لكونه سناً لا يكونه معللاً بأنه عظم الترجيح.

الترجيح:

والذى أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز التنكية بالعظم ما لم يكن سناً لأن النبى - ﷺ - لو أراد تحريم الزكاة بكل عظم لما سكنت عن ذلك ولقال ليس العظم والظفر فاقتصراره على السن دليل على أن المراد بالتحريم من العظام هو ما كان سناً خاصة فيبقى ما عداه على أصل الحل.

والله أعلم

المطلب الرابع

فى التسمية على الذبيحة

مما لا خلاف عليه أنه يستحب التسمية عند الذبح أو النحر لقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾^(١) وما روى عن عدى بن حاتم قال سألت رسول الله - ﷺ عن الصيد فقال: (إذا رميت بسهمك فانكر اسم الله عليه)^(٢).

فإن ترك التسمية عند التذكية أو الصيد عمداً أو سهواً فقد اختلف الفقهاء فى حل ذلك وحرمته على ثلاثة أقوال:-

القول الأول: وذهب إليه الظاهرية^(٣) والزيدية^(٤) وهو مروي عن ابن عمرو به قال الشعبي وابن سيرين^(٥) وأبى ثور حيث يرون أن التسمية حال الذبح- أو عند إرسال الصيد- فرض فمن تركها عمداً أو ناسياً لم تحل ذبيحته، وبفرضية التسمية قال الحنابلة فى الصيد خاصة^(٦).

(١) الأنعام، بعض آية/ ١٢١.

(٢) قال الترمذى ٣/ ١٤٦، حسن صحيح.

(٣) المحلى ٧/ ٤١٢ وما بعدها.

(٤) البحر الزخار ٥/ ٣٠٦.

(٥) بداية المجتهد ١/ ٤٤٨، المحلى ٧/ ٤١٤.

(٦) فرق الحنابلة بين الصيد والذبح- فى الصيد- إن ترك التسمية عند إرسال الجارح لم يبع الصيد لعدم ترك التسمية أو سها عنها، وعن أحمد رواية أخرى بالترقيق بين إرسال الجارح فتجب وبين إرسال السهم فلا تجب وعنه رواية أخرى بأنه يباح متروك التسمية عمداً أو سهواً - المحلى ٨/ ٥٤٠.

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة وأقوال السلف والمعقول.

فمن القرآن: استتلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ .

فقد دلت الآية على تحريم ما لم يذكر اسم الله عليه وذلك من وجوه:

الأول: أن في الآية نهياً عن الأكل مما لم يذكر اسم الله عليه والنهي يفيد التحريم، وإذا كان ترك التسمية حراماً كانت التسمية واجبة.

الثاني: أن الله سمي متروك التسمية فسقاً من غير أن يفصل بين ما ترك عمداً وما ترك سهواً فكان الكل سواء.

الثالث: أن ما لم يذكر اسم الله عليه فسق والفسق محرم. كما استتلوا بقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^(١).

فهذا أمر يقتضي الإيجاب وأنه غير واجب على الأكل فدل على أنه أراد به حال الاصطيد، والساقلون كانوا مسلمين فلم يباح لهم الأكل إلا بشرطة التسمية. أما أدلتهم من السنة فمنها:

١- روى عن رافع بن خديج قال لنا رسول الله - ﷺ -
(ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل).

(١) بعض آية/ ٤ من سورة المائدة.

٢- روى عن عدي بن حاتم أنه قال قلت لرسول الله - ﷺ -
(أرسل كلبى فأجد مع كلبى كلباً قد أخذ لا أدرى أيهما أخذ
فقال رسول الله - ﷺ - فلا تأكل إنما سميت على كلبك ولم
تسم على غيره^(١)). فجعل - ﷺ - ذكر الله شرطاً لحل
الأكل في الحديث الأول، وعدم ذكر الله في الحديث الثاني
مانعاً من الأكل.

أما أقوال السلف فمنها:

١- روى عن محمد بن زياد أن رجلاً نسي أن يسمى الله على
شاة ذبحها فأمر ابن عمر غلامه أن يقف إلى جانبه. فإذا
أراد أن يبيع منها لأحد أن يقول له إن ابن عمر يقول إن هذا
لم يذكر اسم الله عليها حين ذبحها^(٢).

٢- روى عن نافع أنه كره أكل ما نسي ذابحه أن يسمى الله
تعالى عليه وكذلك ابن سيرين وعكرمة.
أما المعقول فقد استدلوا.

بأن التسمية لما كانت واجبة حالة الذكر فكذا حالة النسيان
لأن النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ.
القول الثاني: وذهب إليه الشافعية^(٣) والحنابلة في رواية^(٤) وهو
مروى عن أبي هريرة وابن عباس وهو قول الأوزاعي^(٥) أن
التسمية عند الذبح أو الصيد سنة وليست واجبة.

(١) ابن ماجه ٣٢٠٨ / ٢ يلفظ إنما ذكرت اسم الله على كلبك، الترمذى ١٤٦ / ٣،
نصب الرأية ١٨٤ / ٤.

(٢) نصب للرأية ١٨٢ / ٤.

(٣) المذهب ٢٥٢ / ١، الام ٢٢٧ / ٢، حاشية الشيخ عميرة على المنهاج ٢٤٣ / ٤.

فيباح متروك التسمية عمداً أو سهواً.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا بما يلي:-

أ- قوله تعالى ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَى إِلَىٰ مُحَرَّمًا ﴾ ومتروك التسمية لم يدخل فيما نصت عليه الآية فلم يكن محرماً.

ب- روت عائشة أن قوماً قالوا يا رسول الله إن قوماً من الأعراب يأتونا باللحم لا ندري أذكروا اسم الله عليه أم لا؟ فقال رسول الله - ﷺ - انكروا اسم الله عليه وكلوا^(١).

دل هذا على إباحة أكل متروك التسمية عند الذبح أو الصيد مطلقاً حيث لم يفرق بين ما ترك التسمية عليه عمداً أو سهواً.

ج- روى عن أبي هريرة أن النبي - ﷺ - سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح ونسى أن يسمى الله فقال اسم الله على كل مسلم^(٢).

فقد دل الحديث على لإباحة متروك التسمية مطلقاً حيث ذكر أن أسم الله في قلب المسلم سواء سمي أم لا ترك التسمية عمداً أو سهواً فذبيحته حلال لأن أسم الله في قلبه فهو ذاكراً لله دائماً.

(١) هذا عندهم خاص بالنكاة - أما الصيد فقد سبق أن تحقيق مذهبهم أنه لا يباح متروك التسمية عمداً أو سهواً. يراجع المعنى ٨ / ٥٤٠، ٥٦٥.

(٢) بداية المجتهد ١ / ٤٤٨، المحلى ٧ / ٤١٢، الجصاص ٣ / ١٠.

(٣) فتح الباري ٩ / ٥٥٠، الموطأ مع الزرقاني ٣ / ٨٠، ابن ماجه ٢ / ١٠٦٠.

(٤) في لفظ اسم الله على فم كل مسلم - للدارقطني ٢ / ٥٤٩، مجمع الزوائد للهيتمي ٤ / ٣٠، نصب الرأية ٤ / ١٨٣.

د- روى عن البراء أن النبي - ﷺ - قال المؤمن يذبح على أسم الله سمي أو لم يسم ^(١).

فهذا نص في محل الخلاف حيث أباح ما لم يسم عليه مطلقاً من غير فرق بين عمد وسهو.

القول الثالث: وذهب إليه الجمهور من الحنفية ^(٢) والمالكية ^(٣) والحنابلة ^(٤) في مشهور المذهب وبه قال عطاء، وطاوس والثوري والحسن وسعيد بن المسيب ^(٥) وغيرهم.

إن ترك التسمية عمداً لم يحل وإن تركها ناسياً يحل، فالتسمية واجبة عند الذكر ساقطة عند النسيان. وقد استدلوا لذلك بأدلة كثيرة.

أما أدلتهم على فرضيتها عند الذكر فهي نفس أدلة القول الأول فالأمر فيها محمول على ما تركت التسمية عليه عمداً بدليل قوله تعالى: وإنه لفسق) والأكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق؛ لأنه لا فسق إلا بارتكاب المحرم.

وأما أدلتهم على حل متروك التسمية سهواً فهي كالآتي:

أ- روى عن راشد بن سعيد أن النبي - ﷺ - قال (ذبيحة المسلم حلال سمي أو لم يسم مالم يتعمد) ^(٦).

(١) البيهقي ولا يحتج به، نصب الراية ٤/ ١٨٢، وقال غريب بهذا اللفظ.

(٢) البدائع ٥/ ٤٧، أحكام القرآن للجصاص ٣/ ١٠، ١١، ١٢.

(٣) بداية المجتهد ١/ ٤٤٨.

(٤) المغني ٨/ ٥٦٥.

(٥) المغني ٨/ ٥٦٥، بداية المجتهد ١/ ٤٤٨، أحكام القرآن للجصاص ٣/ ١٠.

(٦) ورد في سبل السلام ٤/ ٨٩، ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله عليها أم لم يذكر وكذا في نصب الراية ٤/ ١٨٣.

فهذا نص في حل متروك التسمية سهوا وعدم حل متروك التسمية عند التعمد.

ب- روى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل نبح ونسى أن يذكر اسم الله عليه فقال أسم الله - ﷻ - في قلب كل مسلم فليأكل - وفي رواية أخرى أن المسلم ذكر الله في قلبه^(١).

ج- أن الناسي لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله - ﷻ - ، والذكر قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب والناسي ذاكر بقلبه.

المناقشة والترجيح:

بعد ذكر الأقوال والأدلة فإتني أميل إلى الأخذ برأى الجمهور القائل بإيجاب التسمية حالة الذكر وسقوطها حالة النسيان لما استدلوا به ولما يأتى:

أ- أن ظاهر قول تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ يقتضى إيجاب التسمية مطلقا لكن قامت الدلائل على جواز الأكل مما لم يذكر اسم الله عليه من مثل حديث عائشة أن الأعراب يأتوهم باللحم وهم حديثو عهد بكفر ولا يدري أنكروا اسم الله عليه أم لا، وقد أمرهم النبي - ﷺ - بأكله، فمقتضى الجمع بين الأدلة أن يحمل الأمر على الوجوب فى حالة الذكر دون حالة النسيان.

(١) سبق أن ذكرنا وروده بلفظ اسم الله على فم كل مسلم - الدارقطنى ٢ / ٥٤٩، مجمع الزوائد ٤ / ٣٠.

٢- أن الناسى فى حالة نسيانه غير مكلف بالتسمية بدليل ما روى عن النبى - ﷺ - أنه قال: (تجاوز الله عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ^(١) وإذا لم يكن مكلفا بالتسمية فقد أوقع الذكاة على الوجه المأمور به فلا يفسده ترك التسمية.

٣- أن النسيان جعل عذرا مائعا من التكليف فيما يغلب وجوده حتى لا يقع الناس فى الحرج، ولو لم يجعل عذرا لوقع الناس فى الحرج، والحرج مدفوع بقوله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ ^(٢). وذكر اسم الله عند الذبح ليس مما يعود الذابح نفسه، لأن العادة أن الذبح يكون من القصابين ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذكر الله، فترك التسمية منهم لا يندر وجوده، بل يغلب فيجعل عذرا دفعا للحرج.

٤- أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما ﴾ على حل متروك التسمية عمدا أو سهوا فمردود بأن ذلك محتمل أنه كان لا يجد وقت نزول الآية محرما سوى المذكور فيها ثم وجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك، كما كان لا يجد تحريم كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير، وتحريم الحمار الأهلى والبغل عند نزولها، ثم وجد بعد ذلك. إذا ثبت أن التسمية عند الذكاة واجبة حالة الذكر

(١) نصب الرأية ٢/ ٦٤، الحاكم فى المستدرک ٢/ ١٩٨.

(٢) بعض آية/ ١٧٨ من سورة الحج.

ساقطة عند النسيان فإنها معتبرة حال الذبح أو قريبا منه، لا يجوز تقديمها عليه إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه من الذبائح، وأما وقتها في الصيد فهو وقت إرسال السهم أو الحيوان، لا وقت الإصابة لحديث إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل.

ويكفي في التسمية ذكر اسم الله - ﷻ - أي اسم كان لقوله تعالى: ﴿ فكلوا مما ذكرنا الله عليه ﴾ من غير فصل بين اسم واسم وسواء قرن بالاسم الصفة كأن يقول الله أكبر الله أعظم الله الرحمن أو لم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم.

والله أعلم

المطلب الخامس

فى

ذباح أهل الكتاب

مما لا خلاف عليه^(١) أن ما ذبحه المشرك والمرتد والمجوسى^(٢) لا يحل أكله وكذلك ما صاده.

أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى: ﴿ وما أهل لغير الله به ﴾ وقوله ﴿ وما ذبح على التصب ﴾ أى للتصب وهى الأصنام التى يعبدونها.

وأما ذبيحة المجوسى فلقوله عليه الصلاة والسلام (سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا أكلى ذبائحهم)^(٣) ولأنهم مشركون.

وأما المرتد فلأنه لا يقر على الدين الذى انتقل إليه فكان كالوثنى الذى لا يقر على دينه.

أما ذباح أهل الكتاب - اليهود والنصارى - وكذلك ما صادته فقد أجمع الفقهاء على حلها^(٤) لقوله تعالى ﴿ وطعام الذين

(١) البدائع ٥/ ٤٥، ٤٦، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٥٦، بداية المجتهد ١/ ٤٤٩، ٤٥٠، المهذب ١/ ٢٥١، شرح المحلى على المنهاج ٤/ ٢٤٠، المغنى ٨/ ٥٦٨، المحلى ٧/ ٤٥٦.

(٢) يرى ابن حزم فى المحلى ٧/ ٤٥٦، أن المجوسى أهل كتاب فحكمهم كحكم أهل الكتاب تحل ذبائحهم، ورد الحديث بأنه مرسل ولا حجة فى مرسل، ويأن الله لم يرض بأخذ الجزية من غير كتابى وأخذها النبى - ﷺ - من المجوس وما كن ليخالف أمر ربه تعالى.

(٣) قال الزيلعى فى نصب الراية ٤/ ١٨١ حديث غريب.

أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ﴿ والمراد بطعامهم ذبائحهم كذا روى عن ابن عباس وأبي الدرداء والحسن ومجاهد وإبراهيم وقتادة والسدي، ولأن ظاهر الآية يقتضى ذلك لأنه لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لأن غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول، وصيدهم من طعامهم فيدخل في عموم الآية^(١).

ولأن مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها لأنه اسم لما يتطعم، والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت إطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها، ولما روى أن للنبي - ﷺ - أكل من الشاة المسمومة المشوية التي أهديت إليه من اليهودية^(٢) وإذا حل لنا أكل ذبائحهم فإنه يستوى فى ذلك أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية.

ولما روى عن عبد الله بن مغفل قال (كنا محاصري خيبر فرمى إنسان بجراب فيه شحم فنزوت لأخذه فالتفت فإذا النبي - ﷺ - فاستحييت)^(٣).

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم^(٤).

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٤٥، للبداية ٥/ ٤٥، بداية المجتهد ١/ ٤٤٩، ٤٥٠، الزرقاني على الموطأ ٣/ ٨٢، الإقناع ٢/ ٢٧١، المعنى ٨/ ٥٦٧، المحلى ٧/ ٤٥٥.
(٢) هذا إذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شيئاً أو سمع وشهد على أنه قد سمي الله وجرى التسمية تحسناً للظن به كما بالمسلم. البدائع ٥/ ٤٦، المعنى ٨٠/ ٥٦٩، بداية المجتهد ١/ ٤٥٠، ٤٥١.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخارى ٧/ ٥٦٨.
(٤) فتح الباري ٧/ ٥٤٩، ٩/ ٥٥٢.

وبعد أن اتفق الفقهاء على حل ذبائح أهل الكتاب في الجملة اختلفوا في بعض منها:

١- ذبائح نصارى العرب: (١).

اختلف العلماء في حل ذبائح نصارى العرب على قولين: ذهب الشافعي (٢) ورواية عن أحمد وبه قال عطاء وسعيد (٣) بن جبير إلى أنه لا تحل ذبائحهم - لما روى عن عمر قال: (ما نصارى العرب بأهل كتاب وما تحل لنا ذبائحهم).

وقال علي - ع - إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر ثم قرأ: ومنهم (أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني) ولأنه يحتمل أنهم دخلوا في دين الكفر بعد التبديل فلم يحل ذلك منهم. وذهب الجمهور من أهل العلم (٤) إلى حل أكل ذبائحهم.

لعموم قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ وهم أهل كتاب فقد روى عن ابن عباس قال كلوا من ذبائح بنى تغلب وتزوجوا من نسائهم فإن الله يقول: ﴿ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾ ولم يفرق أحد بين من دان بذلك قبل نزول القرآن وبعده.

والذي عليه الجمهور هو الأرجح أن ذبائح أهل الكتاب وصيودهم حلال، سواء كانوا من العرب أم من العجم دانوا بذلك

(١) المغنى ٨ / ٥٦٨.

(٢) وعلى هذا الخلاف في صيدهم - من أكلت ذبيحته أكل صيده ومن لم تحل ذبيحته لم يحل صيده.

(٣) الأم ٢ / ٢٣٢.

(٤) المغنى ٨ / ٥١٧، ٥٦٨.

(٥) البدائع ٥ / ٤٥، بداية المجتهد ١ / ٤٥٠، المغنى ٨ / ٥١٧، ٥٦٨.

قبل الإسلام أم بعده لعموم قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ ومما يؤيد هذا ويبطل قول من فرق بين من دان بدين أهل الكتاب قبل نزول القرآن فيحل ذبائحهم ومن دان بذلك بعده فيحرم ذبائحهم - أن الله يقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منهم فإنه منهم﴾ وذلك إنما يقع على المستقبل فأخبر تعالى بعد نزول القرآن أن من يتولاهم من العرب فهو منهم وذلك يقتضى أن يكون كتابيا وأن تحل ذبائحهم.

٢- إذا ذكر الكتابي عند الذبح غير الله أو ذكر اسم الله والمسيح أو ذبح لكنائسهم أو تعدد ترك التسمية عليه.

فقد اختلف الفقهاء فى ذلك أيضاً على أقوال:
الأول: وذهب إليه الحنفية^(١) وهو قول الشافعى^(٢) ورواية عن أحمد^(٣).

أنه لا تحل ذبائحهم.

لعموم قوله تعالى: ﴿وما أهل لغير الله به﴾ وهذا أهل لغير الله به فلا يؤكل.

الثانى: وذهب إليه مالك والثورى والنخعى^(٤).

أن ما ذبحوا لكنائسهم وأعيادهم يحل مع الكراهة ولا يحل ما ذكر عليه اسم المسيح.

(١) البدائع ٥ / ٤٦.

(٢) الأم ٢ / ٢٣١.

(٣) المغنى ٨ / ٥٦٩.

(٤) بداية المجتهد ١ / ٤٥١، أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٤٥٦.

الثالث: وذهب إليه أحمد في رواية^(١) وهو قول أشهب من المالكية^(٢) ويروي عن العرياض بن سارية وأبي أمامة وأبو الدرداء^(٣) وبه قال مكحول والليث بن سعد وغيرهم أن ذبائح أهل الكتاب تحل مطلقاً.

روى عن مكحول قال هذه كانت ذبائحهم قبل نزول القرآن ثم أحلها الله في كتابه.

ثم إن قوله تعالى: ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّ لَكُمْ ﴾ مخصص لعموم قوله تعالى (وما أهل به لغير الله).

روى عن العرياض بن سارية أنه سئل عن ذلك فقال كلوا وأطعموني.

وروى مثل ذلك عن أبي أمامة وأبي مسلم الخولاني، وأكله أبو الدرداء.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لعموم قوله تعالى ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّ لَكُمْ ﴾ وهذا من طعامهم وقد روى عن علي - عليه السلام - أنه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال - عليه السلام - قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون. وقال عطاء كل من ذبيحة النصراني وإن قال باسم المسيح لأن الله - عز وجل - قد أباح ذبائحهم وقد علم ما يقولون. والله أعلم ...

(١) المغني ٨ / ٥٦٩.

(٢) بداية المجتهد ١ / ٤٥١.

(٣) المغني ٨ / ٥٦٩.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٢ / ١٤٥٦، أحكام القرآن للقرطبي ٣ / ٢١٧٤.

المطلب السادس

فى

ذكاة الاضطرار

الذكاة نوعان:

١- ذكاة فى حالة الاختيار وذلك عندما يكون الحيوان مقدورا عليه، فسواء كان إنسياً أو متوحشاً فلا بد من ذكاته بنبح ما ينبح ونحر ما ينحر فى الحلق واللبة لا يحل بغير ذلك.

وكذلك الصيد إن أدركه صاحبه حياً وقد قدر على ذكاته فى الحلق واللبة فلا بد من ذلك ولا يحل بمجرد العقر. وقد سبق بيان أحكام ذكاة الاختيار.

٢- النوع الثانى: ذكاة الاضطرار.

إذا كان الحيوان غير مقدور على ذبحه فى الحلق واللبة فإنه يكتفى بجرحه فى أى موضوع قدر عليه ويحل أكله إن قتل بذلك، وإنما جاز فيه ذلك، لأن الذبح إذا لم يكن مقدوراً ولا بد من إخراج الدم لإزالة المحرم وتطيب اللحم بإزالة الدم المسفوح. فيقام سبب الذبح وهو الجرح مقامه، لأن الأصل فى الشرع هو إقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة.

وذكاة الاضطرار تتحقق فى صورتين:

الأولى: الصيد: (١).

اتفق الفقهاء (٢) على حل الصيد إذا أصابه السهم فجرحه (٣) وقتل من هذه الجراحة، وكذلك ما عقره الجارح إذا قتل من هذا العقر في أى موضع كان العقر.

أما ما أدركه صاحبه وفيه حياة مستقرة فلا بد من نكاته في الحلق واللبة فإن ترك نكاته لم يحل بالعقر لأنه في حكم المقدور عليه.

ودليل ذلك ما روى عن عدى بن حاتم أنه سأل رسول الله - ﷺ - عن المعراض فقال ما أصاب بحدّه فكل وما أصاب بعرضه فقتل فلا تأكل فإنه وقيد (٤).

الثانية: غير المقدور عليه من الحيوان الإنسي:-

إذا ند بعير - أى هرب - وكذا غيره من الحيوان فلم يقدر على تنكيته فى موضع الذبح، أو تردى فى بئر أو قليب فلم يقدر على تنكيته فى الحلق واللبة فقد اختلف العلماء فى كيفية نكاته على قولين:

(١) والمراد بالصيد هو ما يصيده من حيوان الوحش بسمهمه أو بجارحه المعلم، أما الحيوان الأهلى فإنه لا يسمى صيدا.

(٢) الزرقانى على الموطأ ٣/ ٥٨، ٨٧، الام ٢/ ٢٣٤، المغنى ٨/ ٥٤٨، المحلى ٧/ ٤٥٩، البحر للزخار ٥/ ٢٩٥ وما يليها.

(٣) فإن لم يجرحه السهم لم يؤكل كما لو صيد بالمعراض إذ هو وقيد، وكذلك ما مات خوفاً من الجارح من غير أن يجرحه.

(٤) قال الترمذى حسن صحيح ٣/ ١٤٣، ٢٤٧، النسائى رقم ٤٢٨٠، ابن ماجه ٢/ ١٠٧٢.

الأول: وذهب إليه المالكية وسعيد بن المسيب والليث بن سعد وربيعة^(١).

أن ما توحش من الحيوان الإنسى أو تردى فى بئر لا يحل إلا بما يحل به المقدور عليه من الحيوان الإنسى وهو الذكاة فى الحلق واللبة ينحر ما ينحر وذبح ما ينبج.

وحجتهم فى ذلك هى أن الحيوان الإنسى إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشى بدليل أنه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الأهلى مباحا إذا توحش، ثم إنه مقدور عليه فى الغالب فلا يراعى النادر منه، فالأصل فى الحيوان الأهلى أن ينبج أو ينحر ولا يؤكل إلا بذلك ولو توحش.

وحملوا حديث رافع بن خديج على أن ذلك تسليط على حبسه لا على ذكاته بدليل أنه قال فحبسه ولم يقل إن السهم قتله وبعد أن صار محبوسا صار مقدورا عليه فلا يؤكل إلا بالذبح أو النحر.

الثانى: ذهب إليه جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين كعائشة وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة ومسروق والأسود وحمام والثورى وغيرهم^(٢).
ومن أصحاب المذاهب الحنفية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) والظاهرية^(٦) والزيدية^(٧).

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٢١٥٣؛ الزرقاني على الموطأ ٣/ ٨٥، بداية المجتهد ١/ ٤٥٤، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧، ٤٣٨، المغنى ٨/ ٥٦٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧، ٤٣٨، للبدائع ٥/ ٤٣.

أن ذكاته كنزكاة الصيد فإن جرحه فى أى موضع قدر عليه فقتله أكل إلا أن تكون رأسه فى الماء فلا يؤكل لأن الماء يعين على قتله وسواء فى ذلك ما ند فى صحراء أو فى المصر، الإبل والبقر والغنم وجميع الحيوان فى ذلك سواء^(١).
الأدلة:

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة كثيرة نذكر منها:
١- قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذُكِّتُمْ﴾ مع قوله تعالى ﴿لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ .
فصح أن التذكية كيفما قدرنا، لا نكلف منها ما ليس فى وسعنا، وليس فى وسعنا فى غير المقدور عليه إلا هذا فلا نكلف بغيره.

٢- ما روى عن رافع بن خديج قال كنا مع النبى - ﷺ - فند بعير وكان فى القوم خيل يسير فأعياهم فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه فقال النبى - ﷺ - (إن لهذه البهائم أو أبد كأوبد الوحش فما غلبكم منها فأصنعوا به هكذا). وفى لفظ

(١) الأم ٢ / ٢٣٤.

(٢) المغنى ٨ / ٥٦٦.

(٣) المحلى ٧ / ٤٤٦، ٤٤٧.

(٤) البحر الزخار ٥ / ٣٠٩.

(٥) يرى الحنفية أن الشاة إذا نذت فى المصر لم يجز عقرها لأنه يمكن أخذها إذ هى لا تنفع عن نفسها فكان الذبح مقدورا عليه فلا يجوز العقر لأنه خلف عن الذبح والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف، البدائع ٥ / ٤٣.

فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا^(١) قال الشافعي تسليط النبي -
ﷺ على هذا الفعل دليل على أنه زكاة.

والبعير الذي ند على عهد رسول الله - ﷺ - كان بالمدينة
فدل على أن ند البعير في المصر والصحراء سواء في
الحكم.

٣- روى عن رافع بن خديج أن بعيراً تردى في بئر فزكى من
قبل شاكلته- أى خاصرته- فأخذ منه ابن عمر عشرين
بدرهمين^(٢).

وكذا روى عن علي أنه أخبر بمثل ذلك فقال للسائل أهد لى
عجزه.

كما روى عن أبي عباس قتال ما أعجزك من البهائم فهو
بمنزلة الصيد.

كما روى عن عائشة وابن مسعود ولم يعرف لهم من
الصحابة مخالف فكان إجماعاً^(٣).

٤- أن الاعتبار في الزكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله
بدليل أن الوحشى إذا قدر عليه لم يحل إلا بما يحل به
الإنسى، فكذاك ينبغى فى القياس إذا توحش أو صار فى
معنى الوحشى من الامتناع أن يحل بما يحل به الوحشى.

(١) فتح البارى ٩/ ٥٣٩، ٥٥٤؛ ابن ملجه ٢/ ١٠٦٢، الدرر ٢/ ٨٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٨، المغنى ٨/ ٥٦٧، المحلى ٧/ ٤٤٧.

(٣) المحلى ٧/ ٤٤٧.

٥- اتفق الجميع على أن رمى الصيد يكون ذكاة له إذا قتلته ثم لا يخلو المعنى الموجب لكونه ذكاة من أحد وجهين:
الأول: إما أن يكون ذكاة لجنس الصيد.
الثاني: وإما لأنه غير مقدور على ذبحه.

فلما اتفقوا على أنه إذا قدر على الصيد وصار في يده حيا لم تكن ذكاته إلا بالذبح كذكاة ما ليس من جنس الصيد دل ذلك على أن هذا الحكم لم يتعلق بجنسه وإنما تعلق بأنه غير مقدور على ذبحه في حال امتناعه فوجب مثله في غيره إذا صار بهذه الحال لوجود العلة التي من أجلها كان ذكاة ذكاة للصيد^(١).

الترجيح:

مما سبق يتبين لنا أن مذهب الجمهور هو الأولى لقوة أدلتهم وضعف ما تمسك به أصحاب القول الأول. لهذا نجد ابن رشد^(٢) يقول والعمل بهذا الحديث ويقصد حديث رافع بن خديج- أولى لصحته إلى أن يقول. وذلك لأن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئا أكثر من عدم القدرة عليه لا لأنه وحشي فقط فإذا وجد هذا المعنى من الإتيان جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحش^(٣). فينتفك القياس والسماع.

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧، ٤٣٨.

(٢) بداية المجتهد ١/ ٤٥٤.

المطلب السابع

فى

زكاة الجنين

لا خلاف بين أهل العلم^(١) أن من نبح بهيمة فخرج من بطنها جنين حي وكانت حياته مستقرة بحيث يمكن تذكّيته أنه لا يحل بغير زكاة.

وذلك لانفصاله عن أمه حيا فلم يذكّ بذكاة غيره فإن تركه حتى مات دون أن يذكّيه فلا يحل أكله.

أما إن خرج من بطن الأم بعد نبحها ميتا أو خرج حيا ولكن لم تكن حياته مستقرة بحيث لم يدرك تذكّيته فهل يحل بذكاة أمه أم لا يحل؟

القول الأول: أنه لا يحل مطلقاً أشعر أم لم يشعر.

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة وزفر^(٢) والزيدية^(٣) وهو قول النخعي والحكم وابن عيينه وحماة وهو قول الظاهرية^(٤) إن كان قد نفخ فيه الروح.

(١) المبسوط ١٢/٦، المنتقى للباجي ٣/١١٧، للمجموع ٩/١٢٧، المغنى ٨/٥٨٠، الحاوى الكبير ٥/١٤٨.

(٢) الهداية مع الفتح ٩/٢٩٨، المبسوط ١٢/٦، ٧، ٨.

(٣) السيل الجرار مع الحدائق ٤/٧٠، البحر للزخار ٥/٣٠١.

(٤) أما إن كان لم ينفخ فيه الروح بعد فهو حلال لأنه بعضها ما لم يكن دما لا لحم فيه وإلا لم يحل. يراجع المحلى ٧/٤١٨، ٤١٩.

أدلتهم: استدل أصحاب هذا المذهب من القرآن والسنة والمعقول.

فمن القرآن: قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ إلى قوله ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ وهذا حيوان مات بغير ذكاة فلا يحل كغيره، ثم إن فرضنا حياته عند ذبح أمه ثم مات باحتباس النفس دخل في حكم المنخقة التي لم تذكى وهي محرمة بالآية؛ إذ هي لم تذكى.

ومن السنة: استدلوا بقول النبي - ﷺ - لعدي ابن حاتم إذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك^(١).

فقد حرم الصيد عند الشك في سبب موته، وذلك موجود في الجنين، إذ هو لا يرى أنه مات بذبح الأم أو باحتباس نفسه. ٢- روى عن النبي - ﷺ - أنه قال (ذكاة الجنين ذكاة أمه)^(٢). فالمراد بذلك التشبيه والمعنى أن ذكاة الجنين كذكاة أمه.

والدليل على أن المراد التشبيه أنه قدم الجنين ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولاً، ولو سلم صحة دلالاته على أن ذكاة الأم ذكاة للجنين فهو من أخبار الأحاد ورد فيما تعجم به البلوى وهذا دليل عدم الثبوت إذ لو ثبت لاشتهر.

أما المعقول فقد استدلوا به من وجهين:-

(١) قال الترمذي حسن صحيح ٣/ ١٤٦، فتح الباري ٩/ ٥٢٥، الدارقطني ٤/ ٢٩٤، البيهقي ٩/ ٢٣٦، ٢٣٩.

(٢) قال الترمذي حسن صحيح ٣/ ١٥١، ابن ماجة ٢/ ١٠٦٧، أبو داود رقم ٢٨٢٨.

الأول: أن زكاة نفس لا تكون زكاة نفسين؛ لأن الجنين في حكم الحياة نفس على حدة مودعة في الأم بلليل أنه ينفصل عنها حياً فيبقى، ولا يتوهم بقاء الجزء حياً بعد موت الأصل، والزكاة تصرف في الحياة، فإذا كان في حكم الحياة نفساً على حدة فيشترط لحله زكاة على حده.

الثاني: أن الهدف من الزكاة هو تسهيل الدم وتمييز الطاهر - وهو اللحم - عن النجس - وهو الدم - وينبج الأم لا يحصل المقصود في الجنين فكان في حاجة إلى زكاة على حدة. القول الثاني: أنه يحل بزكاة أمه^(١).

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم من الصحابة والتابعين^(٢).

ومن أصحاب المذاهب مالك^(٣) والشافعي^(٤) وأحمد^(٥) وأبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٦) وغيرهم.

(١) إلا أنه يستحب ذبحه حتى يخرج الدم الذي في جوفه فيطيب لحمه، وقد روى عن ابن عمر أنه كان يعجبه ذلك.

(٢) فمن الصحابة عمرو بن وهب بن عمر وابن عباس وغيرهم حتى روى أنه قول جميع الصحابة فقد روى الزهري عن ابن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله - ﷺ - يقولون: زكاة الجنين زكاة أمه. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٢١٥، والمحلّى ٧/ ٤١٩.

(٣) الزرقاني على الموطأ ٣/ ٨٣، ٨٤، للمفتي للباي ٣/ ١١٧.

(٤) الحاوي الكبير ١٥/ ١٤٨، وما بعدها، المجموع ٩/ ١٢٨.

(٥) المبدع في شرح المقنع ٩/ ٢٢٤، وما بعدها، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٠٨.

(٦) المبسوط ١٢/ ٦٧.

الأدلة:-

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

فمن القرآن استدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّت لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ ۝ (١) 》.

قال ابن عباس وابن عمر بهيمة الأنعام هي أجننتها إذا وجدت ميتة في بطون أمهاتها يحل أكلها بذكاة الأمهات (٢) والغالب من تأويلهم أنهم لم يقولوا ذلك إلا نقلاً.

كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَشًا ۝ (٣) 》.

قالوا المراد بالفرش الصغار من الأجنة والحمولة هي الكبار، حيث من الله على عباده بإحلال أكل ذلك لهم. ومعلوم أن الجنين هو ما كان في بطن الأم.

أما السنة فقد استدلوا بما يلي:

أ- روى عن أبي سعيد قال يا رسول الله إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله قال كلوه إن شئتم فإن نكاته نكاة أمه (٤).

ويستدل بالحديث من وجهين:

(١) المائدة، آية/ ١.

(٢) قال القرطبي بعد أن نقل هذا التأويل عنهما وفيه بعد لأن الله قال (إلا ما يتلى عليكم) وليس في الأجنة ما يستثنى الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٢١٣٣.

(٣) سورة الأنعام، بعض آية رقم/ ١٤٢.

(٤) ابن ماجه ٢/ ١٠٦٧، الحاكم ٤/ ٤١٤.

الأول: أن زكاة الأم نائبة عن زكاة الجنين.

الثاني: أن سوء الهم إنما كان عن الميت لأنه محل الشك بخلاف الحي الممكن نبحه فيذكي لاستقلاله بحكم نفسه، فكان الجواب عن الميت ليطابق السؤال، ثم إنه لو أمكن ذكاته لم يحتاج إلى السؤال عنه.

ب- روى عن علي وابن عباس وابن عمر وجابر وأبي هريرة أن النبي - ﷺ - قال: (زكاة الجنين زكاة أمه)^(١). برفع زكاة في الموضوعين مبتدأ وخبراً والمعنى أن زكاة أمه زكاة له.

وبهذا يتبين أن الحديث جعل زكاة الأم نائبة عن زكاة الجنين.

أما أدلتهم من الإجماع:-

فإن القول بحل الجنين بزكاة أمه قول علي وابن عمر وجابر وأبي هريرة وابن عباس- كما روى عن ابن كعب بن مالك قال كان أصحاب النبي - ﷺ - يقولون: "زكاة الجنين زكاة أمه"^(٢) وما انعقد به إجماعهم لم يجز فيه خلافهم.

أما استدلالهم من المعقول فمن وجوه.

الأول: أن الجنين في حكم جزء من أجزاء الأم فهو متصل بها اتصال خلقة فهو يغتذى بغذائها، وحياته بحياتها فوجب أن

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

تكون ذكاته ذكاتها، إذ هو يتبعها في الأحكام تبعة الأجزاء حتى لا يجوز استنأؤه في البيع كيدها ورجلها.
 الثاني: لو لم يحل الجنين بذكاة الأم لما حل ذبح البهيمة الحامل، ولما أقرهم النبي - ﷺ - على ذلك لأن في ذلك تضییعاً للمال لخروج الجنين ميتاً في الغالب، وهو مال لا يحل إتلافه لغير فائدة.

الثالث: أن الذكاة تبنى على التوسع، والأصل فيها الذبح في الحلق واللبة في المقدور عليه والعقر في غير المقدور عليه، لأن ذلك وسع مثله، والذي في وسعه في الجنين هو ذبح الأم لأن الجنين في البطن.
 ولا يتأتى فيه فعل الذكاة مقصوداً وبعد الإخراج لا يبقى حياً فتجعل ذكاته ذكاة أمه للضرورة.

الخلاف فيما لم يشعر:

بعد أن اتفق الجمهور على حل الجنين بذكاة أمه اختلفوا فيما لم يشعر منه فذهب مالك وعطاء وطاووس وغيرهم إلى أنه لا يؤكل إلا إذا نبت شعره وتم خلقه.
 وذهب غيرهم إلى أنه يؤكل بذكاة الأم أشعر أو لم يشعر^(١).

استدل مالك بما روى عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول إذا نحررت الناقة فذكاة ما في بطنها في ذكاتها إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره^(٢).

(١) تراجع المصادر السابقة.

وأما ما روى عن ابن عمر مرفوعاً (زكاة الجنين زكاة أمه أشعر أو لم يشعر) فهو ضعيف بمبارك بن مجاهد، وابن أبي ليلى سئ الحفظ عندهم.

ولهذا ألغى مالك الحديث الثاني لضعفه وأخذ بالأول وقيد به قول الرسول - ﷺ - (زكاة الجنين زكاة أمه).

كما يمكن أن يستدل له بالقياس.

إن كون الجنين محلاً للزكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياساً على الأشياء التى تعمل فيها التزكية، والحياة لا توجد فيه إلا إذا نبت شعره وتم خلقه.

كما يمكن أن يستدل له بما روى عن ابن كعب بن مالك أنه قال كان أصحاب رسول الله - ﷺ - يقولون إذا أشعر الجنين فزكاته زكاة أمه.

أما الشافعى وأحمد وغيرهم ممن لم يشترط الإشعار فيستدل لهم بما يلى:-

أ- أن ابن عمر روى عنه روايتان إحداهما مقيدة بالإشعار والأخرى نافية له ولما تعارضت الروايتان تساقطتا وبقي قوله - ﷺ - (زكاة الجنين زكاة أمه) وهو يقتضى أن لا يقع هنا لك تفصيلاً، وأن الجنين يحل بزكاة الأم مطلقاً.

ب- أن القياس يقتضى أن تكون زكاته فى زكاة أمه من قبل أنه جزء منها، وعلى هذا فلا معنى لاشتراط الإشعار أو عدمه.

ج- ثم إن الرسول - ﷺ - عندما سئل عن الجنين الذى يخرج من بطن البهيمة بعد نجبها قال (كلوه إن شئتم) دون أن يسألهم عن الجنين أشعر أم لا، وهذا يدل على عدم الفرق بينهما.

الترجيح:

بعد هذا العرض للأراء والأدلة. أرى أن رأى الجمهور القائلين بحل الجنين بذكاة أمه الراجح لما استدلوا به ولضعف أدلة الحنفية ومن وافقهم وبيان ضعفها كالتالى:

١- استدلالهم بالآية لا حجة لهم فيه من وجهين:

الأول: أن عموم الآية مخصوص فى الجنين بالسنة الصحيحة التى استدل بها الجمهور كما خصت فى الحوت والجراد.

الثانى: أن الجنين خارج عن الميتة لأن موته بذكاة أمه ولو مات بغير ذكاتها كما لو ألقته ميتا فإنه لا يحل لأنه ميتة.

٢- استدلالهم بحديث (إذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل) مردود بأنه قياس مع الفارق.

لأن هذا وقع الشك فى سبب موته هل مات من السهم فيحل لأنه صيد، أم مات بسبب الوقوع فى الماء فلا يحل، وإذا وقع الشك غلب جانب الحظر.

أما الجنين فلم يقع الشك فى سبب موته؛ لأن ذكاة أمه ونجح أمه مشاهد فكانت حلالا، وحل الجنين تبع لها.

٣- حملهم الحديث على التشبيه بعيد لوجوه.

أ- أن اسم الجنين منطلق عليه إذا كان مستجنا في بطن أمه فيزول عنه الاسم إذا انفصل عنها، فيسمى ولداً ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةُ فِي بَطُونِ أُمّهَاتِكُمْ﴾. (النجم ٣٢) وإذا ثبت أنه لا يسمى جنينا إلا وهو في البطن كانت ذكاته متعذرة فبطل أن يحمل على التشبيه ووجب حمله على النيابة.

ب- أنه لو أراد التشبيه لساوى الأم غيرها ولم يكن لتخصيص الأم فائدة فوجب أن يحمل على النيابة ليصير للتخصيص بالأم فائدة.

ج- أن في حمله على التشبيه تقدير مستغنى عنه؛ لأن التقدير أن ينكى ذكاة مثل ذكاة أمه، ففيه حذف الموصول وبعض الصلة، وهو أن والفعل بعدها، وهو لا يجوز وفيه تكثير الإضمار وهو خلاف الأصل.

٤- قولهم إن الحديث ورد بنصب ذكاة وذلك يؤيد أن المراد التشبيه غير مسلم؛ لأن نصب ذكاة إما على الظرفية كجئت طلوع الشمس أى وقت طلوعها، ويكون المعنى إن ذكاته حاصلة وقت ذكاة أمه أو على التوسع نحو (واختار موسى قومه) أى ذكاته فى ذكاة أمه وكل منهما أولى لقلة الإضمار واتفاقه مع رواية الرفع.

وإن سلم أن المراد بها التشبيه فإنه يحمل على ما إذا خرج حيا، وتستعمل رواية الرفع على ما إذا خرج ميتا وهذا أولى من استعمال إحدى الروايتين وإسقاط الأخرى.

٥- قولهم إن زكاة نفس لا تكون زكاة نفسين يجاب عنه بأنهم يقولون عتق الأمة الحامل عتق لولدها وهذا يلزمها أن زكاته زكاة أمه لأنه إذا جاز أن يكون عتق واحد عتق اثنين جاز أن يكون زكاة واحد زكاة اثنين.

٦- قولهم إنه مات باختناق في بطن الأم لا بالزكاة فدخل في تحريم المنخقة قيل لا يجوز أن يعلق على الأسباب المباحة أحكام المحظورات كما لا يجوز العكس وموت الجنين بذبح أمه مباح يتعلق به إحلال الأم فتبعها في الحكم والمنخقة ضدها لتحريم جميعها فتعلق به تحريم أكلها.

وبعد أن رجحنا رأى الجمهور:

فأبنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم من القول بحله بزكاة أمه أشعر أم لا.

لأن ما استدل به المالكية عن ابن عمر الأصح أنه موقوف عليه ولا حجة فيه وقد ضعف ابن حزم إسناده، ثم إنه روى عن ابن عمر خلافه، كما أنه مخالف لما ورد عن النبي - ﷺ - من قوله كلوه إن شئتم حيث أباح أكله دون أن يسألهم عنه أشعر أم لا.

والله أعلم.....

المبحث الثامن فى الميتة والدم والخنزير

من الأمور المسلم بها والمتفق عليها بين جميع علماء المسلمين سلفا وخلفا الميتة والدم والخنزير ودليل هذا الاتفاق ماورد من نصوص صريحة فى القرآن وفى سنة رسول الله - ﷺ - ، وما دل عليه العقل السليم والفطرة المستقيمة وحتى نقف على تفاصيل هذه الأشياء كان علينا أن نبحث هذا الموضوع فى جملة مطالب.

المطلب الأول

فى

الميتة^(١)

تبين لنا مما سبق أن الذكاة شرط لحل أكل الحيوان المأكول فإذا فقدت الذكاة أو احتل شرط من شروطها لم يحل أكل الحيوان حتى وإن كان فى الأصل مباح الأكل، ويسمى هذا الحيوان ميتة وقد حرم الله الميتة تحريماً مطلقاً بعينها، كما حرمها رسول الله -ﷺ- ، وكذا دل الإجماع والمعقول على تحريمها.

وإليك الأدلة بالتفصيل:

أولاً: أدلة تحريم الميتة من الكتاب:-

- أ- قوله تعالى: "إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ"^(٢) فهذا يدل على تحريم الميتة وهو نص صريح فى الموضوع.
- ب- قوله تعالى: " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطحية

(١) الميتة من الحيوان ما مات حتف أنفه والجمع ميتات بالتشديد والتزم التشديد فى ميتة الأناسى لأنه الأصل والتزم للتخفيف فى غير الأناسى فرقاً بينها، ولأن استعمال هذه فى الآدميات أكثر فكانت أولى بالتخفيف . للمصباح ٢ / ٨٠٣، للمعجم الوسيط ٢ / ٩٢.

وفى عرف الشرع هى ما مات حتف أنفه من غير سبب لآدمى فيه وقتل على هيئة غير مشروعة إما فى الفاعل أو فى المفعول. أحكام القرآن للجصاص ١٥٠/١، للمطى لابن حزم ٣٨٨/٧.

(٢) بعض آية رقم ١٧٣ من سورة البقرة.

وما أكل السبع إلا ما ذكيت^(١) فقد حرم الله سبحانه كل ما ذكر في الآية ثم استثنى منه بالإباحة كل ما ذكى، فكان المذكى منه حلالا وغير المذكى منه حراما.

ج- قوله تعالى: "وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ"^(٢) فالطيب حلال والخبيث حرام، واللحم لا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالنحر أو الذبح، فكان تحريم الميتة لمكان المسفوح ؛ لأنه لو ترك لسارع الفساد إلى اللحم فيصبح من الخبائث.

د- قوله تعالى: " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به"^(٣)

فقد دلت الآية على تحريم الميتة إذ هي مما أوحى إلى رسول الله ﷺ - تحريمه.

ثانيا: من السنة :-

أ- روى عن النبي ﷺ - أنه مر بشاة ففأل هلا انتفعتم بإهابها قالوا إنها ميتة قال إنما حرم أكلها^(٤) فقد دل الحديث على حرمة أكل الميتة من الحيوان فكان نصا في الموضوع.

(١) بعض آية رقم ٣ من سورة المائدة.

(٢) بعض آية رقم ١٥٧ من سورة الأعراف.

(٣) بعض آية رقم ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٤) سنن العلام ١ / ٣٢، فتح الباري ٩ / ٥٧٥، ابن ملج ١ / ١١٩٣.

ثالثا : أدلة تحريم الميتة من الإجماع:-

أجمع السلف والخلف من أمة محمد صلى الله عليه وسلم

على تحريم الميتة ولم يخالف في ذلك أحد^(١)

رابعا: أدلة تحريم الميتة من المعقول

أ- إن الميتة نجسة العين والنفس خبيث والخبيث حرام بالنص.

ب- إن الحرمة في الحيوان المأكول إنما هي لمكان الدم المسفوح، وهو لا يزول إلا بالذبح أو النحر فإذا مات الحيوان من غير أن يذبح أو ينحر كان محرما لاشتراكه على الدم المحرم.

(١) المغنى ٨/ ٥٩٥، العناية مع الفتح ٩ / ٤٨٦.

ميته السمك والجراد

كما اتفق الفقهاء على حرمة الميتة من الحيوان اتفقوا على استثناء السمك والجراد من هذا الحكم العام. وقد سبق بيان ذلك مفصلاً^(١)

ما يلحق بالميتة في الحرمة:-

١- ما قطع من الحيوان وهو حي:-

مما يأخذ حكم الميتة في حرمة أكله ما قطع من الحيوان وفيه حياة مستقرة فأبين عنه^(٢).

وهذا حكم متفق عليه إذا كان القطع قبل التذكية^(٣) ودليل ذلك ما روى عن النبي -ﷺ- أنه قال:

ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة^(٤) ولأن إباحة العضو من الحيوان المأكول إنما تكون بالنبح، والقطع له لا يسمى ذبحاً فلم يحل به لأن حكم الذكاة لم يثبت فيه وقت القطع لانعدامها.

(١) تراجع ص ٢٢ ومايليها، ص ١٧٣ من هذا البحث.

(٢) أما إن بقي العضو المقطوع معلقاً بالحيوان فإن كان متصلاً بالجلد فقط دون اللحم والعظم وكان بمنزلة ما قد بان لم يؤكل أما إن كان متصلاً بالحيوان ببعض اللحم بحيث يتوهم اتصاله بعلاج ونحوه فإنه يؤكل بذكاتها لأن بقاء الاتصال يمسرى حكم الذكاة إليه البدائع ٤٤/٥، المجموع ٩١/٩، المغنى ٥٨/٨.

(٣) البدائع ٤٤/٥، مواهب الجليل ١٠٠/١، الام ٢٢٩/٢، المحلى ٤٤٩/٧.

(٤) سبل السلام ٢٩، ٢٨/١، نيل الأوطار ١٤٦/٨، كما أخرجه الترمذى وقال حسن غريب ١٥٣/٣، ابن ماجه ١٠٧٢/٢، المستدرک ٢٣٩/٤ وصححه

فإذا ذبحت بعد ذلك لم يحل أكله لفوات الحياة ففى ذلك الجزء وقت الذبح لانفصاله بالقطع، وحكم الذكاة لا يظهر فى الجزء المنفصل، وتحل بقية أجزاء الحيوان الأخرى إذ هى مذكاة.

قطع العضو بعد التذكية وقبل خروج الروح:-

إذا كان القطع للعضو بعد التذكية وقبل أن يبرد الحيوان فقد ذهب الجمهور^(١) إلى القول بحل أكله مع الكراهة واستدلوا بما روى عن عمر أنه قال [أقرؤا الأنفس حتى ترهق] ولم يخالفه أحد من الصحابة فكان بمثابة الإجماع وهو يدل على كراهة القطع أو السلخ حتى يبرد الحيوان وتخرج منه الروح.

وروى عن ابن حزم^(٢) أنه لا يحل أكل المقطوع بعد التذكية وقبل خروج الروح فإذا خرجت الروح حل الحيوان وحل المقطوع منه. ودليله على ذلك قوله تعالى - [فإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا] فلم يبح أكل شئ منها إلا بعد وجوب الجنب وهو الموت، فإذا ماتت فالذكاة واقعة على جميعها فكان المقطوع منها مذكى فإذا حلت هى حلت بجميع أجزائها.

٢- المجتمة والمصبورة:-

مما يأخذ حكم الميتة فى حرمة أكله المجتمة والمصبورة، أما المجتمة فهى الطائر أو الأرنب يجعل غرضاً ثم يرمى حتى يقتل والمصبورة مثله غير أن المجتمة لا تكون إلا فى الطائر

(١) رد المحتار ١٩٧/٥، للشرح الكبير مع التيسير ١٠٨/٢، المجموع ٩١/٩،

المغنى ٥٨٠/٨.

(٢) المطلى ٤٤٩/٧.

والأرنب وشبهها والمصبورة تكون في كل حيوان وهما حرام كالهيئة^(١) لما روى عن أبي الدرداء قال [نهى رسول الله -ﷺ- عن المجثمة وعن أكلها ونهى عن المصبورة وعن أكلها]^(٢)، ولأن الحيوان المقبور عليه لا يحل أكله بغير زكاة، والمجثمة والمصبورة مقبور عليهما إلا أنهما ماتتا بغير زكاة فلم يحل.
 ٣- المنخقة^(٣) والموقوذة^(٤) والمتردية^(٥) والنطحية^(٦) وأكيلة السبع^(٧):-

مما يأخذ حكم الميتة ويلحق بها المنخقة والموقوذة والمتردية والنطحية وأكيلة السبع إذا ماتت من غير أن تذكى فهي حرام لا يحل أكلها كما لا يحل أكل الميتة.

(١) المعنى ٨/ ٥٧٦.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية ١٩٣/٤- عن أبي الدرداء بلفظ نهى رسول الله -ﷺ- عن أكل كل ذي خنقة ونهيه ومجثمة.

(٣) المنخقة هي التي عصر حلقها حتى ماتت ومواء أكان ذلك بفعل فاعل أم بنفسها. يقال خنقة خنقا إذا عصر حلقه حتى يموت فهو خفاق وخناق. المصباح ٢٥٠/ ١، المعجم الوسيط ٢٦٩/ ١.

(٤) الموقوذة هي التي ضربت بعصا أو بأى مثقل حتى ماتت يقال وقذ فلانا بقذة وقذاً ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت وشاة موقوذة قتلت بالخشب وفي معناها ما يرمى من الطير بالسهم التي لا تصل لها أو بحجر ونحوه فيموت. مختار الصحاح ٧٣١، ٧٣٢، المعجم الوسيط ٢ / ١٠٩١، حياة الحيوان ١٢٢٩.

(٥) المتردية: هي التي سقطت في هوة أو من مكان مرتفع يقال تردى في مهواة سقط فيها والردى الهلاك وربيته أسقطته وأردى فلان أسقطه وأهلكه. المعجم الوسيط ٣٢٥ / ١، المصباح ٣٠٦ / ١.

(٦) النطحية هي ما مات من نطح حيوان آخر يقال للأثني نطحية والجمع نطحي ونطائح. المصباح ٨٣٩/٢، المعجم الوسيط ٩٦٧ / ٢.

(٧) أكيلة السبع: هي التي عدا عليها أحد الحيوانات المقترسة لأكل منها شبيهاً قبل أو كثر.

ودليل ذلك قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتريفة والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم " فقد حرم الله كل ما ذكر في الآية واستثنى منه بالإباحة كل ما ذكينا فكان المذكي حلالا وغير المذكي حراما. وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في الحد الذى إذا وصلت إليه هذه الأصناف لا تعمل فيها الزكاة وحاصل خلافتهم يتمثل فى الآتى:-

أ- يرى أبو حنيفة (١) والظاهرية (٢) وأحمد فى رواية (٣) وهو قول الشئبى والثورى والحسن البصرى وقتادة وغيرهم (٤) وهو قول للشافعية (٥) وبه قال الزيدية (٦) إن المنخنقة والموقوذة والمتريفة والنطيحة وأكيلة السبع تحل إذا أدركت فذبحت أو نحررت وفيها شئ من الحياة وسواء أكانت الحياة فيها متوهمة البقاء أم غير متوهمة. وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلى:-

١- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتريفة والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم " فقد استثنى سبحانه

(١) المبسوط ١٢ / ٥

(٢) المحلى ٧ / ٤٥٨ ، ٤٥٩ .

(٣) المغنى ٨ / ٥٨٤ .

(٤) المجموع ٩ / ٩٢ .

(٥) المصدر السابق ٩ / ٨٨ .

(٦) البحر الزخار ٥ / ٣٠٩ .

وتعالى المذكي من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم
إباحة، وهذه مذكاة لوجود فرى الأوداج مع قيام الحياة
فدخلت فى النص، ثم إن الله سبحانه قد أباح ما نكينا قبل
الموت ولم يشترط استقرار الحياة، أو كونها مما يتوهم بقاء
حياتها فلا نبال من أيها ماتت قبل ؛ لأن اشتراط ذلك زيادة
على النص وهو لا يجوز^(١).

٢- روى عن أبى مرة مولى عقيل بن أبى طالب أنه وجد
شاة لهم تمت فذبها فتحركت فسأل زيد بن ثابت فقال إن
الميتة تتحرك فسأل أباً هريرة فقال كلها إذا طرفت عينها أو
تحركت قائمة من قوائمها.

٣- روى عن على قال إذا ضربت برجلها أو ذنبها أو طرفت
بعينها فهي نكي.

٤- عن أبى طلحة الأسدي قال عدى النذب على شاة ففرى
بطنها فسقط منه شئ إلى الأرض فسألت ابن عباس فقال
انظر ما سقط منها إلى الأرض فلا تأكله وأمره أن ينكيها
فيأكلها.

٥- روى أن سعيد بن جبير رأى نعاماً تركض برجلها فقال
ما هذه قالوا وقيد وقعت في بئر فقال نكوها فإن الوقيذ ما
مات في وقذه^(٢).

٦- أن المقصود من الذكاة هو تطيب اللحم بتسييل الدم النجس
وقد حصل فكانت حلالاً^(٣).

(١) البدائع ٥ / ٥، المطبى ٧ / ٤٥٨.

(٢) يراجع المطبى ٧ / ٤٥٨، ٤٥٩.

ب- أما المالكية والشافعية في المذهب والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية فيفرون بين حال وحال فلهذه الأصناف حالان تترك عليهما .

الحالة الأولى:-

أن تترك وليس فيها إلا حركة المنبوح بأن يجدها منفوذة المقاتل أو مقطوعة النخاع أو منتشرة الدماغ أو مفتوقة المصران إلى غير ذلك من كل ما لا يعيش الحيوان مع وجوده ففي كل هذه الأحوال لا تحل بالزكاة وإن ظهرت حياة الحيوان بعد الذبح^(٢) ، لأن ما وصل إلى هذا الحد فقد استحال دوام حياته وإنما حركته بعد ذلك ما باب اضطراب الميت وتحركه عند فوات نفسه. أنها إذا صارت إلى هذا الحد وكانت ميتة معنى فلا تلحقها الزكاة كالميتة حقيقة.

الحالة الثانية:-

أن يدركها وفيها حياة مستقرة^(٣) بحيث يمكنه ذبحها فعند الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وهو رواية ابن القاسم وأصبغ عن مالك^(٦) .

(١) المبسوط ١٢ / ٥ .

(٢) المنتقى ١١٥ / ٣ ، المجموع ٨٩ / ٩ ، المبدع ٢٢٢ / ٩ ، المبسوط ٥ / ١٢ .

(٣) من علامات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد الزكاة وانفجار الدم ، أو أن يبقسى

الحيوان اليوم واليومين مع الجرح أو الكسر ونحو ذلك . المجموع ٨٩ / ٩ .

(٤) المجموع ٩٢ / ٩ .

(٥) المغنى ٥٨٣ / ٨ .

(٦) المنتقى ١١٤ / ٣ .

أنها تحل بالزكاة وسواء أكانت انتهت إلى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش.

وقد استدلوا لذلك بما يلي

أ- عموم قوله تعالى : " إلا ما ذكيتم " فقد استثنى الله من التحريم ما أدركت زكاته.

ب- جاء في حديث جارية كعب أنها أصيبت شاة من غنمها فأدركتها فنبحتها بحجر فسأل النبي - ﷺ - فقال كلوها. حيث لم يستفصل النبي - ﷺ - أكانت تعيش أم لا فقد دل على حلها بالزكاة متى كانت فيها حياة مستقرة كانت مما يتوهم بقاؤها أولا.

ج- أن هذا حيوان مأكول أدركت زكاته وبه بقية حياة فجاز أكله كالمریض.

د- روى أن ابن عباس سئل عن نئب عدا على بهيمة فعقرها فوق قصبها بالأرض فأدركها فنبحها بحجر قال يلقي ما أصاب الأرض ويأكل سائرها.

ويرى الحنابلة في رواية عن أحمد^(١) - وبه قال مالك في رواية ابن الماجشون وابن عبد الحكم^(٢) وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد من الحنفية^(٣) .

(١) للمغنى ٨ / ٥٨٤، المبدع ٩٤ / ٢٢.

(٢) الدرر المنجى ٢ / ١٢٣، المتنقى ٣ / ١١٤، ١١٥.

(٣) ولأبي يوسف رواية أنها إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به نصف يوم حلت بالزكاة وإلا فلا. البدائع ٥١ / ٥.

إن شك في حياتها أو ينس منه أو كان يعلم أنها تموت قطعاً فإنها لا تحل بالزكاة.

وقد استدلوا لذلك بما يلي:-

١- قوله تعالى: "إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ وَمَعْنَاهُ إِلَّا مَا كَانَتْ ذِكَاكُمْ عاملة فيه منها، والذي تعمل فيه الزكاة منها هو الذي لم ينفذ مقاتله هذا على اعتبار الاستثناء متصلاً، أما على اعتباره منقطعاً فالمعنى لكن ما ذكيت من غيرها فلا يحرم عليكم إذا كان ذلك الغير غير منقوذ المقاتل.

٢- أن هذا حيوان لا ترجى حياته فلم تجز ذكاته أصل ذلك ما أنفذت مقاتله.

٣- أن النطحية والمتردية والموقوذة وأكلة السبع قد طرأ عليها ما الأغلب منه الموت فلا نعلم أن الذكاة أفادت أم النطح والوقذ والتردى إلخ لأننا نخاف أن يغلب على الظن أن الذي أفادت نفسها مائز بها.

الترجيح :-

بعد أن ذكرنا آراء الفقهاء وأدلتهم في هذا الموضوع فإنني أميل إلى ترجيح القول الأول وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة والظاهرية ومن وافقهم من القول بحل هذه الأصناف متى أدركت فذكيت وبها حياة، فمتى علم حياتها حلت بالزكاة سواء أكانت مما يرجى حياتها أم مما يتيقن هلاكها.

ودليل ذلك: عموم الآية [إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ] وما أدركت حياته وذكى فهو داخل في عموم النص فكان حلالاً وعموم حديث جارية كعب حيث أباحها النبي ﷺ - دون أن يسأل أبها حياة

مستقرة أم لا، يتوقع حياتها أو يتيقن موتها، فكانت هذه الشروط زيادة على الخبر فلا يعمل بها، ثم إن التحديد باليوم واليومين أو النصف يوم يخالف ظواهر النصوص ولا سبيل إلى معرفته، ولأن غير الموقوذ لا يعلم هل يعيش اليوم أو اليومين أم لا، ثم إن في حديث جارية كعب ما يدل على أنها بادرته بالزكاة حين خافت موتها في ساعتها ولم تنظر لسترى ما إذا كانت ستعيش أم لا.

٤- اللبن يخرج من الميتة:-

إذا استخرج من الحيوان بعد موته لبنا فهل يحل هذا اللبن أو يلحق بالميتة في الحرمة اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:-

١- أن هذا اللبن طاهر يحل تناوله والانتفاع به ذهب إلى ذلك أبو حنيفة والظاهرية والحنابلة في رواية ^(١) وقد استكلوا لذلك بما يلي:

أ- قوله تعالى: " وإن لكم في الأنعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين ". فقد وصف الله اللبن بكونه سائغا للشاربين، والحرام لا يسوغ للمسلم، ثم إن الله وصفه بكونه خالصا وذلك يقتضى أن لا يشوبه شئ من النجاسة.

كما أن الآية خرجت مخرج المنة، والمنة إنما تكون بالحلال لا بالحرام.

(١) البدائع ٥ / ٤٣، المطى ٧ / ٤١٨، للمغنى ١ / ٧٤.

ب- أن الصحابة أكلوا الجبن لما دخلوا المدائن وهو يعمل بالأنفحة وهي تؤخذ من الحيوان وذبائحهم ميتة وهي بمنزلة اللبن.

ج- أن هذا اللبن حلال في وعاء حرام فكان هو وما حلب منها في حياتها سواء ؛ إذ هو بمنزلة اللبن الموضوع في إناء الذهب والفضة.

٢- أن هذا اللبن نجس لا يحل تناوله ولا الانتفاع به ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(١).

وقد استدلوا لذلك بما يلي:

أ- أن هذا اللبن مائع في وعاء نجس فكان نجسا كمالوصب في وعاء نجس.

ب- أن هذا اللبن لو أصاب الميتة بعد فصله عنها لكان نجسا فكذا قبل فصله.

الترجيح:-

بعد نكبر القولين والأدلة أرى أن ما ذهب إليه أصحاب

القول الثاني هو الأولى بالاتباع لما يلي:-

١- أنه لا حجة في الآية لأن الامتتان بذلك ينصرف إلى الحالة المعهودة وهي حالة ما قبل موت الحيوان.

٢- أن المنة في إخراجها من بين الفرث والدم ليكون شرابا سائغا للشاربين ليكون دلالة على قدرة الله سبحانه.

^(١) مواهب الجليل والتاج والاكلیل ١ / ٩٣، المذهب ١ / ١١ / المغنى ١ / ٧٤، ٧٥، البدائع ٥ / ٤٠٣.

٣- أنه بعد الموت لا يكون سائغا غالبا فلم يكن موضعاً للمنة.

٤- أن الصحابة أكلوا من الجبن عند فتحهم للمدائن لأن المجوس كان يتولى ذبائحهم اليهود والنصارى ولو لم ينقل ذلك عنهم لكان الاحتمال موجوداً الوجود اليهود والنصارى بينهم والأصل الحل فلا يزول بالشك.

٥- قولهم إنه مائع حلال في وعاء حرام فكان حلالاً قياساً على الوضع في إناء الذهب والفضة غير مسلم لأن وعاء الذهب والفضة لا ينجس المائع الذي يوضع فيه، أما الميتة فإن بها رطوبات نجسة فلذلك ينتجس ما يوضع فيها أو عليها.

الببيض يخرج من الميتة:-

إذا ماتت دجاجة أو نعام أو شيء مما يبيض فاستخرج منها ببيض فهل يحل أكله أم يلحق بالميتة. اختلف الفقهاء في ذلك وحاصل خلافهم كالآتي:-

أ- الحنفية يقولون يحل أكلها مطلقاً أشد قسراً أم لا (١) ودليلهم على ذلك أنها شيء طاهر في نفسه مودع في الحيوان منفصل عنه ليس من أجزائه فلا يكون تحريم الميتة تحريماً لها.

ب- ويذهب الجمهور (٢) إلى التفريق بين ما أشد قشرة وما لم يشدد.

(١) البدائع ٥ / ٤٣.

(٢) الإقناع ١ / ٢٤، التفسير الكبير ٢ / ٦٤٥.

١- فإن اشتد قشرها فهي طاهرة حلال لأنها لا تتجس إذ هي كالبيضة التي وقعت في وعاء نجس فالنجاسة طارئة عليها وليست ذاتية فيها.

٢- أما إن كان قشرها رطباً أو لم يكن لها قشر بعد فهي نجسة حرام إلا ما حكى عن بعض الحنابلة أنها طاهرة لأن البيضة عليها غائية رقيقة كالجلد وهو القشر قبل أن يقوى فلا ينجس منها إلا ما كان لاقى النجاسة، ثم إن هذه النجاسة يمكن تطهيرها بالغسل لأن لها من القوة ما يمنع تدّاخل النجاسة فيها.

والذي أميل إليه من هذين القولين هو ما ذهب إليه الجمهور من التفريق بين ما اشتد قشره وما لم يشتد فما اشتد قشره فهو طاهر حلال إذ هو بمثابة شيء مودع في الميتة، ثم إنها خارجة من حيوان يخلق منها مثل أصلها فأشبهت الولد الحي، ثم أنها لو وضعت تحت طائر فرخا كان حلالاً طاهراً بكل حال.

أما إن كان قشرها رطباً فهي نجسة لملاقاتها النجاسة ثم إنها بعض خشوتها ومتصلة بها حيث لم تكتمل بعد والميتة حرام بجميع أجزائها

والله أعلم

المطلب الثاني

في

الدم (١)

اتفق الفقهاء على تحريم الدم المسفوح من الحيوان المذكي وعلى حرمة الدم السائل من الحيوان الحي أو الحيوان المحرم الأكل قليلا كان أم كثيرا، كما اتفقوا على حل الكبد والطحال رغم أنهما دمان (٢).

أما أدلة تحريم الدم فقوله تعالى: " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به" (٣) فقد حرم الله الدم المسفوح وسماء رجسا وفسقا زيادة في التفسير منه.

وقوله تعالى: " ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث والدم المسفوح مما تستخبثه الطباع السليمة فكان محرما بالنص ويقول تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) ويقول (إنما حرم عليكم الميتة والدم) وأما الدم السائل من الحيوان الحي فهو

(١) الدم أصله دمو بالتحريك وتثنية دميان وبعض العرب يقولون دميان وقال سيبويه أصله دمي بوزن فعل وقال المبرد أصله دمي بالتحريك فالذاهب منه الياء وهو الأصح وتصغير الدم دمي وجمعه دماء. مختار الصحاح ٢١١

(٢) البدائع ٥ / ٦١، بداية المجتهد ١ / ٤٦٧، المجموع ٩ / ٦٩، ٧٠، المبدع ٩ / ١٩٣، كشاف القناع ١ / ١٩١، المطى ٧ / ٣٨٨، ٣٨٩، السيل الجرار ٤ / ٩٤.

(٣) سورة الأنعام الآية ١٤٥.

حرام وإن كان من حيوان مأكول لأنه من جملة الدم المسفوح ثم إنه أخذ من حي وما أخذ من حي فهو ميتة.

وأما ما أخذ من حيوان غير مأكول فهو ميتة إذ لا تعمل الذكاة فيه، ثم هو من جملة الدم المسفوح، أما الكبد والطحال فرغم أنهما دمان في طبيعتهما إلا أنهما من المستثنيات من التحريم^(١) لما روى عن عبدالله بن عمر أنه قال "أحلت لنا ميتتان ودمان وذكر الكبد والطحال"، وبما روى عن أكل بعض الصحابة لهما فقد روى عن زيد بن ثابت قال إني لأأكل الطحال وما بي إليه حاجة إلا ليعلم أهلي أنه لا بأس، ولأنها ليست من الدم المسفوح فكانت خارجة عن محل التحريم روى عن عكرمة قال قلت لابن عباس أكل الطحال قال نعم قلت إن عامتها دم قال إنما حرم الدم

(١) يرى الزيدية كراهة أكل الطحال لما روى عن علي أنه قال هو لقمة الشيطان وهذا القول لا يعول عليه لعدم صحة ماورد عن علي سبل السلام ١ / ٢٥، ٢٦، للبحر الرخايز ٥ / ٣٣٦.

الدم غير المسفوح^(١)

بعد أن اتفق الفقهاء على حرمة الدم المسفوح اختلفوا فى حكم غير المسفوح منه على النحو التالى:

القول الأول: يرى أن المحرم هو المسفوح فقط أما الذى يكون فى خلال اللحم والعروق والمذبح فلا بأس به ذهب إلى ذلك الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) فى المشهور ودليلهم على ذلك:

١- قوله تعالى: " إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا " فقد نفى الله على لسان رسوله -ﷺ- حرمة غير المذكور وأثبت حرمة المذكور وعلل لتحريمه بأنه رجس - أى نجس - ولو كان غير المذكور نجسا لكان محرماً لوجود علة التحريم وهذا خلاف النص إذ هو يقتضى أن لا يحرم سوى المذكور فيه.

٢- أن هذه الآية خاصة وقوله تعالى " حرمت عليكم الميتة والدم " عامة والخاص يقدم على العام

٣- إن قيل يجتب إجراء العام على عمومته لأنه ليس فى الآية ما يخصصه فإنه يجاب بأن قوله تعالى: " أو دما مسفوحا "

(١) أصل السفع الصب يقال سفع الدم سفحا وسفع فهو سفوحا إذا سال قال ابن عباس يريد ما خرج من الأكماء وهى أحياء وما يخرج من الأوداج عند الذبح. المصباح المنير ١ / ٣٣٨، المعجم الوسيط ١ / ٤٤٨، التفسير الكبير ٦ / ٦١٥.

(٢) البدائع ١ / ٦١، ٥ / ٦١، أحكام القرآن للجصاص ١ / ١٧٣.

(٣) مواهب الجليل والتاج والإكليل ١ / ٣٩٦، ابن رشد فى بدلية المجتهد ١ / ٤٦٧.

جاء فيه نفى لتحريم سائر الدم إلا ما كان منه بهذا الوصف، وعلى هذا فلا يخلوا قوله تعالى - " إنما حرم عليكم الميتة والدم من أن يكون متأخرا عن قوله [أو بما سفوحا] أو أن يكونا نزلا معا، فإذا لم يعلم التاريخ وجب الحكم بنزولهما معا فلا يثبت حينئذ تحريم الدم إلا بهذه الصفة وهي كونه مسفوحا.

القول الثاني: يرى تحريم الدم مطلقا مسفوحا أو غير مسفوح ذهب إلى تلك الشافعية^(١) وهو قول للمالكية^(٢) والظاهرية^(٣) والزيينية^(٤).

وقد استدلوا لذلك بعموم قوله تعالى " حرمت عليكم الميتة والدم - وقوله تعالى " إنما حرم عليكم الميتة والدم . وغير المسفوح يسمى لما فوجب أن يحرم كالمسفوح للعموم الوارد في هاتين الآيتين:

وقد أجابوا عن تمسك الفريق الأول بقوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما . . . إلخ.

بأن هذه الآية مكية وآية المائدة " حرمت عليكم الميتة والدم مذبذبة وهي من آخر ما نزل، فقد حرم الله في أول الإسلام الدم المسفوح ثم حرم بالمدينة الدم كله، فوجب أن يحوم جميع الدماء لأن المتأخر يكون ناسخا للمتقدم، وعلى فرض عدم

(١) التفسير الكبير للرازي ٢ / ٦٥١ وما يليها.

(٢) التاج والاكلیل مع المواهب ١ / ٩٦.

(٣) المحلى ٢ / ٣٨٩ وما يليها.

(٤) البحر الزخار ٢ / ١٦.

النسخ فإن من حرم الدم جملة يكون محرماً للمسفوح ويكون آخذاً بالآيتين جميعاً، ثم إن التمسك بعموم آية الأنعام وأنه لا محرم غير المذكور فيها مردود، بأنه قد ورد تحريم الخمر وغيرها فمقتضى أن لا يحرم إلا المذكور في الآية أن تحل الخمر وغيرها مما حرم بعدها، ثم إنه ليس في الآية دلالة على تحليل غير المذكور فيها بل على أنه سبحانه ما يبين لرسوله إلا تحريم هذه الأشياء وهذا لا ينافي أن يبين له بعد ذلك تحريم ما عداها.

الترجيح:-

والذي أميل إليه هو القول الثاني القائل بحرمة جميع الدماء لقوة أدلتهم، واحتياطاً لجانب الحرمة لأنه إذا اجتمع دليل الحظر والإباحة فإن الحنفية يقولون يغلب جانب الحظر^(١) وهنا قد اجتمع دليل الحظر لجميع الدماء ودليل إباحة غير المسفوح فكان على الحنفية أن يغلبوا جانب الحظر.

الدم اليسير يكون في أعلى القدر:-

بعد أن اختلفت الفقهاء في تحريم غير المسفوح نجدهم يتفقون على أن الدم يكون داخل العروق أو خلال اللحم غير ظاهر أنه معفو عنه^(٢) ، أما عند من يحرمون المسفوح فقط فلأنه غير مسفوح، روى عن عائشة أنها سئلت عن الدم يكون في اللحم والمنبح قالت إنما تهى الله عن الدم المسفوح.

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٤٣٢.

(٢) المصدر السابق، فتح الباري ٩ / ٥٧٧، المحلى ٧ / ٣٩٠.

وأما عند القائلين بحرمة جميع الدماء فلأن ذلك موضع ضرورة لأنه إذا كان في العروق لم يكن ظاهراً فلا يكون هناك دم يحرم ثم إن هناك مشقة في التحرز عنه والمشقة مدفوعة، وأما الذي يكون في أعلى القدر فليس بدم وإنما هي صفرة والدم إما أحمر أو أسود وليس بأصفر فلا يحرم ما كان في أعلى القدر لعدم تسميته دماً. ولما روى عن عائشة قالت لقد كنا نطبخ اللحم والمرقة نعلوها الصفرة من الدم فتأكل ولا ننكر.

المطلب الثالث

في

الخنزير

الخنزير منه البرى ومنه البحرى وقد اتفق الفقهاء على حرمة البرى واختلفوا فى البحرى وقد سبق بيان حكمه فى حيوان الماء^(١) ولهذا فإننا سنقصر حديثنا عن البرى فقط:-
الخنزير البرى^(٢) :

اتفق الفقهاء على تحريم الخنزير البرى^(٣) سواء ما توحش منه وما تأنس^(٤) ، ويستوى فى ذلك اللحم والشحم والعظم والغصب وجميع الأجزاء ودليل ذلك من القرآن والسنة والمعقول فمن القرآن:

١- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير "

(١) يرجع ص ٤٨ من البحث.

(٢) للخنزير بكسر الخاء جمعه خنازير يشترك بين البهيمة والسبعية فالذى فيه من السبع للذئب وكل الجيفة والذى فيه من البهيمة الظلف وأكل العشب والعلف، تضع الأثنى عشرين خنوصا وتحمل من نزوة ولحده، والذكر ينزوا إذا تمت له ثمانية أشهر، وهو أنسل الحيران، والذكر أقوى الفحول على السفاد وأطولها مكثا فيه، ويكفل الحيات ولا تؤثر فيه سمومها، يشبه الإنسان فى أنه ليس له جلد وسلع إلا أن يقطع بها تحته من اللحم. حياة الحيوان للدميرى ٣ / ٥٢٨، ٥٢٩.

(٣) الهداية مع فتح القدير ٩ / ٥٠٢، أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٤٣ز بداية المجتهد ١ / ٤٦٧، المجموع ٩ / ٣٠٢، المبدع ٩ / ١٩٥، المحطى ٧ / ٢٨٨ وما يليها.

(٤) الخنزير البرى نوعان منه ما يعيش فى الخلاء حرا طليقا ومنه يعيش فى حظائر تربية بعض الناس فالأول يسمى وحشياً والثانى يسمى أهلياً أو إنسياً لأنه يأمن الناس والبيوت.

- ٢- قوله تعالى: " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به".
- ٣- قوله تعالى: " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير " فقد حرم الله سبحانه الميتة والدم ولحم الخنزير وليس النص على اللحم دليلاً على حل غير اللحم فهو محرّم العين بدليل أن الله سماه رجساً إذ الضمير يعود إلى اقرب المذكور.

فكان عين الخنزير رجساً وبعض الرجس رجس، والرجس جرم واجب اجتنابه . فالخنزير كله حرام، وإنما نص على اللحم لأنه أعظم ما يستفاد به منه، فالنص عليه لا يمنع من دخول بقية الأجزاء في التحريم وأيضاً فإن تحريم الخنزير لما كان مبهماً يقتضى ذلك تحريم سائر أجزائه كالميتة.

وأما السنة فمنها:

- ١- روى عن النبي -ﷺ- أنه قال: إن الله ورسوله حرم . وفى رواية- حرماً بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرايت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام^(١) .
- ٢- روى عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ والذي نفسى بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكماً مقسطاً فيكسر

(١) الحديث عند الترمذى من رواية جابر عن عبدالله وقال عنه حسن صحيح منن الترمذى ٣ / ٤٨ ، البخارى مع الفتى ٤ / ٤٩٥ .

الصليب ويقتل الخنزير ويفيض المال حتى لا يقبله أحد ' قتل
عيسى عليه السلام للخنزير وأخبر أنه يحكم الإسلام ينزل
وبه يحكم ولو كانت الذكاة تعمل في شيء منه لما أباح عليه
السلام قتله لأن في ذلك إضاعة للمال وقد نهى عنه.
أما المعقول:

فقد ثبت بالتجربة وعن طريق العلم الحديث أن في أكل
الخنزير أضراراً بالغة لما يحتويه لحم الخنزير من ديدان
وفيروسات لا تنمو إلا فيه وعند أكل الإنسان له تنتقل إليه هذه
الفيروسات والديدان وحو يصلاتها حيث لا يؤثر فيها درجة
الغليان التي تنضج اللحم وبانتقالها إلى جسم الإنسان تجد البيئة
المشابهة لجسم الخنزير فتنمو وتتكاثر ويحدث الضرر.
إذا ثبت هذا فإنه ينبغي تحريم الخنزير للضرر لأنه لا

ضرر ولا ضرار.

جلد الخنزير:-

بعد أن اتفق الفقهاء على حرمة أكل الخنزير بجميع
أجزاء. اختلفوا في جواز الانتفاع ببعض تلك الأجزاء كالجلد
والشعر وبيان خلافهم كالتالي:

الخلاف في الجلد:-

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: يرى جواز الانتفاع بجلد الخنزير إذا دبغ ذهب إلى هذا
ابن حزم الظاهري^(١)

(١) قال أبو عيسى حديث حسن صحيح. الترمذي ١٠٠/٤، فتح الباري ٥٦٦/٦،

٤٨٣/٢

(٢) المطي ١١٨/١ وما يليها جـ ٣٩٠/٧.

ويستدل لذلك بعموم قوله صلى الله عليه وسلم (أيما اهاب دبغ فقد طهر)^(١).

فهذا الحديث يدل على طهارة جميع الجلود بالدباغ - بأى شئ دبغ وإذا طهر جاز الانتفاع به ويكون كجلد ما ذكى مما يحل أكله ويكون هذا الحديث قد استثنى جلد الخنزير من التحريم والاستثناء من التحريم إباحة.

الثالث: يرى نجاسة لحم الخنزير وعدم جواز الانتفاع به وإن ذبح ودبغ ذهب إلى ذلك جمهور أهل العلم^(٢).

وقد استدلوا لذلك بعموم قوله تعالى - " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير إلى قوله إلا ما ذكيتم".

والخنزير لا تعمل فيه الذكاة وهى أقوى فى التطهير من الدباغ، إذ هى تعمل فى اللحم وغيره من أجزاء الحيوان المأكولة، أما الدباغ فإنما يعمل فى الجلد خاصة.

فإذا كانت الذكاة لا تؤثر فى طهارة جلده فلا يؤثر فيه الدباغ من باب أولى وإذا كان نجسا لم يجز الانتفاع به.

والذى أميل إليه هو عدم جواز الانتفاع بجلد الخنزير لما سبق ولأنه غير قابل للدباغ إذ لا يمكن سلخه إلا مع قطع لحمه. **شعر الخنزير:-**

اختلف الفقهاء فى طهارته وبالتالي اختلف فى جواز الانتفاع به على قولين:

الأول: يرى طهارته وبالتالي جواز الانتفاع به فى الخرازة ذهب إلى ذلك محمد بن الحسن من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) ودليلهم على

(١) أخرجه الترمذى ٣ / ٢٨١، من حديث ابن عباس قال والعمل عليه عند أهل العلم.

(٢) يراجع للجمهور المصادر السابقة.

(٣) البدائع ٥ / ١٤٢، حاشية رد المحتار ١ / ١٣٨.

ذلك قوله تعالى " ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا إلى حين ^(٢) .

فالآية عامة لم تفرق بين شعر الميتة وغيرها والخنزير في حكم الميتة، ثم إن الشعر لا تحله الروح فلا ينجس سواء أخذ قبل الموت أو بعده فلا يلحقه حكم التحريم.

الثاني: ويرى نجاسة شعر الخنزير كبقية أجزائه وبالتالي لا يجوز الانتفاع به حيا أو ميتا ذهب إلى ذلك الحنفية في ظاهر الرواية ^(٣) والشافعية ^(٤) والحنابلة ^(٥) والظاهرية ^(٦) والزيدية ^(٧) .

ودليلهم أن الله سبحانه سماه رجسا وبعض الرجس رجس فكان شعر الخنزير رجساً؛ لأنه بعضه والرجس حرام واجب اجتنابه فلا يجوز الانتفاع به لحرمة.

والذي آراه راجحاً:

هو أن شعر الخنزير نجس كبقية أجزائه لا ينتفع به إلا عند الضرورة- والضرورة تقدر بقدرها، فإن لم تدع إلى استعماله ضرورة يبقى على أصل الخطر.

(١) المنتقى للهاجي ١٣٧/٣..

(٢) بعض آية ٨٠ من سورة النحل.

(٣) رد المحتار ١/١٣٧، ١٣٨، للبدائع ٥ / ١٤٢.

(٤) الأم ٩/١، الاقتناع ٢٤/١، المهذب ١١/١.

(٥) المغني ١ / ٨٢.

(٦) للمحلى ٧ / ٣٩٠.

(٧) البحر الزخار ٢ / ١٢.

المطلب الثالث

في

الضرورة وأثرها في حل الحرام

أجمع أهل العلم^(١) على تحريم الميتة حال الاختيار، وعلى إباحة الأكل منها ومن سائر المحرمات حال الاضطرار^(٢) حاشا لحوم بنى آدم وما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شئ أصلا لا بضروره ولا بغيرها. و أدلة هذا الحكم كثيرة نذكر منها:

أ- قوله تعالى : " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم - البقرة آية ١٧٣ .

ب- قوله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه . الأنعام آية ١١٩ .

فقد أسقط سبحانه تحريم ما فصل تحريمه عند الضرورة .
ج- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب إلى قوله "

(١) أحكام القرآن للجصاص ١ / ١٧٧ وما بعدها ، بداية المجتهد ١ / ٤٧٦ ، الام ٢ / ٢٥٢ ، الاقناع ١ / ٢٧٥ ، الحاوي الكبير ١٥ / ١٦٣ ، وما بعدها ، المغنى ٨ / ٥٩٥ ، المحلى ٧ / ٤٢٦ ، البحر الزخار ٥ / ١٣٢ .

(٢) يرى ابن رشد في بداية المجتهد ١ / ٤٧٦ ، أنه لا خلاف في هذا وأن الخلاف في الخمر إنما هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها في التذوق .

فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لأثم فإن الله غفور رحيم" المائدة آية/ ٣.

فقد ذكر الله الضرورة في هذه الآيات وأطلق الإباحة في بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة فاقتضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كل حالة وجدت فيها.

أما دليل إباحة المحرم من الميتة وغيرها للمضطر من السنة فما روى أن رجلاً قال للنبي -ﷺ- إنا نكون بالأرض تصنيفنا المخمصة فمتى تحل لنا الميتة قال [متى مالم تصطبخوا وتعتبقوا أو تجدوا بها بقلًا فشانكم بها]^(١)

فقد أباح لهم الميتة عند عدم وجود الصبوح وهو شرب الغداء والغبوق وهو شرب العشاء أو عدم بقل يأكلونه؛ لأنهم إن وجدوا ذلك لم يكونوا مضطرين إلى أكل المحرم.

وما روى عن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحرية محتاجين قال فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم فرخص لهم رسول الله -ﷺ- في أكلها^(٢).

من هذه الأدلة يستفاد إباحة الميتة وغيرها من المحرمات عندما لا يجد الإنسان من الطعام الحلال ما يمسك اللحم، أما إن

(١) أخرجه أحمد بإسناد منقطع يرجع، السنن الكبرى للبيهقي ١/ ٢٥٦، شرح السنة للبغوي ٦/ ١١١، المسند لأحمد ٥/ ٢١٨ والمصنف ٤/ ١٢٥ وقال الحافظ في التلخيص فيه انقطاع.

(٢) منتقى الأخبار بشرح نيل الأطار ٨/ ١٥٠.

وجد ما يمسك الرmq ويقيم النفس^(١) فليس له الأكل من الميتة ولا من غيرها؛ لأنه غير مضطر إلى ذلك.

وهذا الذى ذكرنا من إباحة الميتة للمضطر قدر متفق عليه بين الفقهاء لكن ما هى الضرورة التى تباح عندها الميتة وما هو القدر الذى يباح للمضطر أكله منها، وهل تباح الميتة للعاصى بسقره أم لا؟

وهل الأكل عند الضرورة واجب أم لا، وهل هذا الحكم خاص بالسفر أم لا، هذا ما سنبحثه من خلال هذه المطالب.

(١) وسواء كان هذا الطعام مملوكا له أو لغيره من مسلم أو نمرى لأنه حينئذ يكون واجدا ما لا قد أمر الله بإطعامه منه فحقه فيه لحديث (أطعموا الجائع) فلا يكون مضطرا إلى الميتة وسائر المحرمات، هذا إذا لم يخشى بالقطع بأكله من مال الغير فإن خشى القطع فإن أكل الميتة خير له وله فيه معة وقيل لا ما لم يؤذن له فيه. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/ ٧١٢، ٧١٣، المحلى ٧/ ٤٢٦، الام ٢/ ٢٥٢.

المطلب الأول

فى

الحالة التى يصح فيها الوصف بالاضطرار

اختلف الفقهاء فى الحالة التى إذا بلغها الإنسان صح وصفه بأنه مضطر^(١) فيباح له الأكل من الميتة ومن جميع المحرمات وحاصل خلافهم كالآتى:-

القول الأول: ذهب ابن حزم الظاهرى^(٢) إلى أن حد الضرورة أن يبقى يوما وليلة بغير طعام أو شراب وهو غير واجد لذلك. وخشى الضعف المودى الذى إن تمادى أدى إلى الموت أو القطع بصاحبه عن طريقه أو عمله، حل له الأكل والشرب من الميتة ومن غيرها من كل ماكان محرما عليه قبل ذلك واستدل على تحديد الضرورة باليوم والليلة بما روى عن النبى - ﷺ - أنه نهى عن الوصال يوما وليلة^(٣)

(١) الاضطرار نوعان - الأول وهو الغالب - الذى عليه الجمهور فى تفسيرهم للاضطرار فى الآيات هو الذى يكون من جوع فى مخمصة - الثانى ما يكون بإكراه من ظالم كما قال مجاهد - كالرجل يأخذ العدو فيكرهونه على لحم الخنزير وغيره - فألأكره يبيح ذلك إلى أن يزول الإكراه دون التقيد بحد معين كما فى حالة المخمصة. الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١/٧١٢، أحكام القرآن للجصاص ١/١٨١، التفسير الكبير ٢/٦٤١.

(٢) المحطى لابن حزم ٧/٤٢٦.

(٣) روى أن الذين قال لهم لا تواصلوا قالوا إنك تواصل قال إني أمت كماحكم فلما أبوا أن ينتهوا واصل بهم يوما ثم يوما، ثم رأو الهلاك فقال لو تأخر لزنتمكم صحيح البخارى ١/٣٢٥، سنن الترمذى ٢/٢٠٢.

القول الثاني: ويذهب إليه ابن أبي حمزة وبعض المالكية أن حد ذلك هو أن يبقى ثلاثة أيام ولياليها بغير طعام أو شراب. يقول ابن أبي حمزة والحكمة في هذا أن في الميتة سمية شديدة فلو أكلها ابتداء لأهلكته فشرع له أن يجوع ليصير في بدنه بالجوع سمية هي أشد من سمية الميتة فإذا أكل منها حينئذ لا يتضرر.

القول الثالث: وذهب إليه الجمهور من أهل العلم^(١).

أن الذي ينبیح ذلك هو المخصصة وهي الحالة التي يصل بها الجوع فيها إلى حد الهلاك أو إلى حدوث مرض يفضي إلى الهلاك علماً أو ظناً- إن ترك الأكل، أو يخشى منها العجز عن المشي أو انقطاع الرفقة أو العجز عن الركوب أو تأخر شفاء ونحو ذلك، ولا يتقيد ذلك بزمن محدد بل متى خاف الإنسان على نفسه شيئاً من ذلك كان مضطراً ويباح له الأكل حينئذ.

ويمكن أن يستدل الجمهور بما يلي:

أ- روى عن الفجيع العامري أنه أتى رسول الله -ﷺ- فقال متى تحل لنا الميتة قال ما طعامكم قال نفتيق ونصطبح قال أبو نعيم ففسره لي عقبة قدح غدوة وقدح عشية قال ذاك وأبى الجوع فأحل لهم الميتة على هذه الحال^(٢)، والقدر من اللبن بالغداة والعشى يمسك الرمق ويقيم النفس وإن كان لا

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٨١، شرح الزركاني على الموطأ ٣/ ٩٥، الام ٢/ ٢٥٢، الإقناع ٢/ ٢٧٥، المغني ٨/ ٥٩٥، البحر الزخار ٥/ ٣٢٢، فتح الباري ٩/ ٥٩٦.

(٢) نيل الأوطار ٨/ ١٥١.

يغذى ولا يشبع الشبع التام وقد أباح لهم مع ذلك تناول الميتة ولم يشترط عليهم أن يمكثوا ثلاثة أيام بلياليها أو يوم وليلة بغير طعام أو شراب كما ذكر أصحاب القولين الأول والثاني.

ب- روى عن جابر بن سمرة أن رجلاً نزل الحرة ومعه أهله وولده فقال رجل إن ناقة لى ضلت فإن وجدتتها فأمسكها فوجدتها ولم يوجد صاحبها فمرضت فقالت امرأته انحرها فأبى فنفتت فقالت اسلخها حتى نقد لحمها وشحمها ونأكسه فقال حتى أسأل رسول الله - ﷺ - فأتاه فسأله فقال هل عندك غنى يغنيك قال لا قال فكلوها^(١) ، ففي هذا الحديث دليل على أن للمضطر أن يأكل من الميتة وإن لم يخف التلف فضلاً عن أن يمكث ثلاثة أيام ولياليها بغير طعام أو شراب؛ لأنه سأل عن الغنى ولم يسأله عن خوفه على نفسه^(٢) .

والذى أميل إليه هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الضرورة لا تقدر بزمن وإنما هي المخصصة التي يخشى منها هلاك أو تلف النفس - إذ الناس متفاوتون في الصبر على الجوع أو العطش فمنهم من يصبر على ذلك أياماً، ومنهم من لا يصبر على ذلك ساعات فلمن خشي على نفسه الضرر الأكل من الميتة وغيرها من سائر المحرمات.

(١) سبق تخريجه.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/ ٧١٦، ٧١٨.

المطلب الثاني

فى

القدر الذى يباح للمضطر أكله

المخصصة المبيحة للأكل من الميتة وغيرها من المحرمات إما أن تكون دائمة أو غير دائمة.

فإن كانت دائمة فلا خلاف فى جواز الشبع من الميتة^(١) وغيرها لأنه والحالة هذه قد ينس من الحصول على طعام حلال فى وقت قريب فكانت الضرورة مستمرة ولو اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة إليه عن قرب ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلية ويفضى ذلك إلى ضعف بدنه وربما أدى ذلك إلى تلفه.

أما إن كانت المخصصة غير مستمرة ، بأن حدثت مجاعة فى وقت من الأوقات أو كان الشخص مسافرا ونفذ منه الزاد حتى قارب على الهلاك فقد اتفق الفقهاء على أن له أكل مايسد الرمق ويمسك النفس عن التلف واختلفوا فى الزيادة على ذلك وحاصل خلافتهم كالآتى:-

١- ذهب المالكية فى المعتمد^(٢) والشافعية فى قول^(٣) وأحمد فى رواية^(٤) وهو قول الظاهرية^(١) أن للمضطر أن يأكل

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/ ٧١٢، المفتى ٨/ ٥٩٥، شرح الزرقاني على الموطأ ٣/ ٩٥.

(٢) بداية المجتهد ١/ ٤٧٦، المفتى للبهامى ٣/ ١٢٨.

(٣) للمذهب ١/ ٢٥٠، الام ٢/ ٢٥٢، الحوى للباوردى ١٥/ ١٦٨، ١٦٩.

(٤) وهى اختيار أبى بكر عبدالعزیز ، المفتى ٨/ ٥٩٥.

حتى يشبع ويتزود من المحرم إن خشى الضرر فيما بين يديه من مفازة وقفر فإذا وجد عنها غنى عاد ما كان حلالاً من ذلك حراماً لزوال الضرورة.

أدلتهم:-

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن ومن السنة والمعقول.

أما دليلهم من القرآن فهو عموم قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) فقد عم الإباحة برفع الإثم دون أن يقيد ذلك بمقدار معين فكان التقييد بسد الرمق زيادة على القرآن وهو لا يجوز.

أما أدلتهم من السنة فمنها:

١- حديث جابر بن سمرة أن رجلاً نزل الحرة فنفتت عنده ناقة فقالت له امرأته اسلخها حتى نقد لحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال هل عندك غنى يغنيك؟ قال لا قال فكلوها ^(١) ، فقد دل الحديث على جواز الأكل من الميتة مطلقاً من غير أن يفرق بين ما يسد الرمق أو الوصول إلى حال الشبع ثم إن النبي -ﷺ- سأله عن الغنى ولم يسأله عن خوفه على نفسه.

٢- حديث الفجيع العامري الذي أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تحل لنا الميتة قال ما طعامكم قلنا نعتبق ونصطبح قال ذاك وأبى الجوع قال فأحل لهم الميتة على هذه

(١) المطى ٧ / ٤٢٦.

(٢) سبق تخريجه.

الحال^(١) ، فالقدح من اللبن في الغداة والقدح في العشي
يمسك الرمق ويقيم النفس وإن كان لا يغزو البدن ولا يشبع
الشبع التام وقد أباح لهم مع ذلك أكل الميتة فكان دلالة أن
نتناول من الميتة إلى إن تأخذ النفس حاجتها من القوت وهذا
هو المطلوب.

٣- حديث العنبر وفيه فقال أبو عبيدة ميتة ثم قال لا بل نحن
رسل رسول الله عليه وسلم وفي سبيل الله وقد اضطررتم
فكلوا قال فأقمنا عليه شهرا حتى سمننا^(٢) ، فقد أكلوا وشبعوا
مع اعتقادهم أنه ميتة^(٣) ثم تزودوا منه إلى المدينة ونكروا
ذلك النبي ﷺ فأخبرهم أنه حلال، ولو كان الشبع غير جائز
لبينه لهم فكان هذا الحديث نصا في محل الخلاف.

أما أدلتهم على جواز الشبع من المعقول فمنها:

- ﴿ أن ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح.
- ﴿ أن الضرورة ترفع التحريم فيعود مباحا، ومقدار
الضرورة إنما هو في حالة عدم القوت إلى حالة وجوده.
- ﴿ أنه مضطر إلى الشبع لحفظ قوته لأن إمساك الرمق لا
لبث له وتتعبه الضرورة بعده إلى إمساكه بغيره وقد لا يجد
الميتة بعدها فكان الشبع أمسك لرمقه وأحفظ لحياته.

(١) سبق تخريجه .

(٢) هذا وإن كان من حيوان البحر - وميتة البحر حلال إلا أنه حجة على الحنفية حيث
لا يجزؤون من ميتة البحر إلا السمك ثم إنهم عللوا أكل الصحابة من هذه الدابة
بالاضطرار، وقد ثبت أن الصحابة أكلوا وشبعوا وتزودوا منه ولم يكتفوا بما يسد الرمق
كما يقول الحنفية ومن وافقهم.

القول الثاني: وذهب إليه الحنفية^(١) وبعض أصحاب مالك^(٢) والشافعية في الأظهر^(٣) وأظهر الروايتين عن أحمد^(٤) وهو قول الهادوية^(٥) والزيدية^(٦).

أن للمضطر أن يأكل بقدر ما يمسك الرmq وليس له الزيادة على ذلك.

أدلتهم :-

استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والمعقول.

أما القرآن فقوله تعالى (وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) فقد أباحت الآية كل ما فصل تحريمه عند الضرورة ، والضرورة تزول بإمسك الرmq وإذا زالت الضرورة رجع التحريم فكان ما زاد على إمساك الرmq محرماً لخروجه عن محل الضرورة.

كما استدلوا بقوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) فتقدير الآية فمن اضطر فأكل غير باغ واللذة والشهوة ولا متعدد مقدار الحاجة، فقد علق إلا باحة بوجود الضرورة، والضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل أما على انفس أو

(١) أحكام القرآن للجصاص ١ / ١٨٢ وما بعدها.

(٢) ذهب إلى ذلك ابن الماجشون وابن حبيب شرح الزرقاني مع الموطأ ٣ / ٤٩٥ .

(٣) وهو اختيار المزي - الحاوي الكبير ١٥ / ١٦٨ ، ١٦٩ .

(٤) المغني ٨ / ١٥١ .

(٥) نيل الأوتار ٨ / ١٥١ .

(٦) البحر الزخار ٥ / ٣٢٢ .

على عضو من الأعضاء فمتى أكل بمقدار ما يزيل عنه الخوف من الضرر في الحال فقد زالت الضرورة.

وأما أدلتهم من المعقول فمن وجوه:

الأول: أنه لو كان متماسك الرمق قبل أكلها حرمت عليه كذلك إذا صار بها متماسك الرمق وجب أن تحرم عليه لأنه غير مضطر إليها في الحالين.

الثاني: أن ارتفاع الضرورة موجب لارتفاع حكمها كما أن حدوث الضرورة موجب لحدوث حكمها، ولو جاز أن ترتفع الضرورة ولا يرتفع حكمها لجاز أن تحتل الضرورة ولا يحدث حكمها.

الثالث: أن سبب الرخصة هو الإلجاء فمتى ارتفع الإلجاء ارتفعت الرخصة، كما لو وجد الحلال لم يجز له تناول الميتة لارتفاع الإلجاء إلى أكلها لوجود الحلال، فكذا إذا زال الاضطرار يأكل قدرأ منه فالزائد محرم.

الترجيح:-

يعد أن ذكرنا الآراء والأدلة نلاحظ أن محل الخلاف إنما هو في البلوغ إلى حد الشبع في المخصصة العامة النادرة، أما في المخصصة الدائمة فلا خلاف أن له أن يشبع ويتزود منها إلى أن يجد ما يغنيه من الطعام الحلال كذلك لا خلاف في تحريم ما زاد عن حد الشبع، لأن سبب الأكل من المحرم في المخصصة هو خوف التلف وفي الأكل من المحرم فوق حد الشبع ضرر على النفس، بما يفوق الضرر الحادث من الجوع كما أنه لا خلاف في جواز الأكل بمقدار ما يسد الرمق ويمسك النفس.

والذى أميل إليه هو تقييد ذلك برجاء الحصول على طعام حلال أو اليأس منه فإن كان المضطر يرجو الحصول على طعام حلال وفي وقت قريب لم يكن له الزيادة على ما يسد الرمق سواء كان ذلك في السفر أو في الحضر؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها.

وإن كان لا يرجو الحصول على طعام حلال في وقت قريب كان له أن يأكل إلى أن يشبع ويتزود من الميتة لأنه إذا اقتصر على سد الرمق عادت إليه الضرورة عن قرب وربما يفضى به ذلك إلى ضعف البدن أو التلف وما أبيح له الأكل من الميتة إلا لحفظ النفس وصيانتها من التلف وما حل أكله ابتداء لضرورة حل للشبع منه عند وجود الضرورة إذ لا فرق

والله أعلم،،،،

المطلب الثالث

في

أثر الضرورة في إباحة الميتة للعاصي

مما سبق تبين لنا أن الميتة وسائر المحرمات في حال الاختيار تحل للإنسان عند الاضطرار إليها وهذا مما لا خلاف فيه إذا كان المضطر غير عاص، فإن كان عاصياً بأن كان باغياً على إمام عادل أو كان قاطع طريق أو كان عبداً أبقاً إلى غير ذلك فقد اختلف الفقهاء في إباحة الميتة وغيرها من المحرمات له على النحو التالي:

القول الأول:-

وذهب إليه المالكية في المشهور^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والظاهرية^(٤) أنه لا يحل للعاصي أن يأكل من الميتة وغيرها من المحرمات ولو كان مضطراً وسبيله إلى الأكل منها هو التوبة.
أدلتهم:-

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القوآن والمعقول.

(١) المنتقى للباي ٣/ ١٤٠، ١٤١، بدلية المجتهد ١/ ٤٦٧.

(٢) الأم ٢/ ٢٥٢، الحاوي الكبير ١٥/ ١٦٨، الأئنباء والنظائر للسيوطي ١٣٨.

(٣) المضنى ٨ / ٥٩٧.

(٤) المحلى ٧/ ٤٢٧، ٤٢٨.

أما القرآن فقولہ تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم".

حيث حرم الله الميتة وما ذكر بعدها على الجميع ثم أباحها للمضطر الذي يكون موصوفاً بأنه غير باغ ولا عاد والعاصي غير موصوف بهذه الصفة؛ لأنه يصدق عليه أنه متعد بفعله للمعصية، ولا يصدق عليه أنه غير باغ إلا إذا انقضى عليه صفة التعدى من جميع الوجوه، ومنها تعديه بفعل المعصية، وإذا ثبت أن العاصي متعد بفعله للمعصية وجب بقاؤه تحت قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة إلخ".

ومما يؤيد هذا الاستدلال ويقويه أن من العلماء من فسز الآية بالبغى والعدوان على المسلمين.

روى عن مجاهد وابن جبير^(١) وغيرهما أنها قالوا غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم، وأصل البغى فى اللغة قصد الفساد، فإذا لم يخرج باغياً على إمام المسلمين ولم يكن سفره فى معصية فله أن يأكل الميتة إذا اضطر إليها وإن كان سفره فى معصية أو كان باغياً على الإمام لم يجز له أن يأكل وبه قال الشافعى.

أما أدلتهم من المعقول فمنها

أ- إن إباحة أكل الميتة رخصة والعاصى لا يترخص فى معصية فإن تاب حل له الأكل وإن لم يتب حرم عليه إلى أن يتوب.

(١) الجامع لأحكام القرآن ١/ ٧١٨، المحلى ٧/ ٤٢٨، أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٧٨، شرح الزرقانى على الموطأ ٣/ ٩٥، المغنى ٨/ ٥٩٧.

ب- أن إباحة المحرمات للمضطر إنما كان على سبيل التخفيف والعون على الأسفار المباحة لحاجة الإنسان إليها، فلا يباح له أن يستعين على المعاصي؛ لأن الرخصة إعانة ومن المحال أن يعان المرء على المعصية وله سبيل إلى الا يقتل نفسه وهو أن يتوب ثم يأكل من الميتة بعد توبيته.

القول الثاني:-

وذهب إليه الحنفية^(١) وبه قال بعض المالكية^(٢) وهو قول الزيدية^(٣) أنه لا فرق بين العاصي وغيره في الضرورة، فمن اضطر إلى الميتة وغيرها من المحرمات كان له الأكل ولو. كلن عاصيا.

أدلتهم:-

أستدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة والمعقول. فمن القرآن:

﴿ قوله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه. والعاصي مضطر فوجب أن يترخص لأن الآية أوجبت الإباحة للجميع من المطيعين والعاصين. ﴿ قوله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) ^(٤) ومن امتنع من المبلح حتى مات كان قاتلا لنفسه متلفا لها عند جميع أهل العلم ولا

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٧٨، ١٧٩.

(٢) المنتقى للهاجى ٣/ ١٤٠، ١٤١، تفسير القرطبي ١/ ٧١٨ وما يليها.

(٣) البحر الزخار ٥/ ٣٣٢، ٣٣٣.

(٤) النساء بعض آية ٢٩.

يختلف في ذلك عندهم حكم العاصي والمطيع بل يكون امتناعه عن ذلك الأكل زيادة على عصيانه فوجب أن يكون حكمه وحكم المطيع سواء في استباحه الأكل عند الضرورة.

« أن المراد بقوله تعالى " غير باغ ولا عاد " أى غير باغ في الميئة ولا عاد في الأكل، هكذا فسرته قتادة والحسن والربيع وابن زيد وعكرمة من أئمة التأويل^(١) .

وأما السنة فقد استدلوا بما روى أن النبي -ﷺ- رخص للمقيم أن يسمح على الخف يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام بلياليها^(٢) ولم يفرق فيه بين العاصي وغيره كذا هذا.

وأما المعقول فقد استدلوا به من وجهين:

الأول: أن العاصي مرتكب لمعصية واحدة إلا أنه غير مباح له الجناية على نفسه بترك الأكل وإن لم يثبت لأن ترك التوبة لا يبيح له قتل نفسه، والعاصي متى ترك الأكل في حال الضرورة حتى مات كان مرتكبا لمعصيتين الأولى وهى خروجه فى معصية والثانية جنائته على نفسه بترك الأكل ومن غير المعقول أن يقال لإنسان ارتكبت معصية فارتكب أخرى.

الثاني: أن المطيع والعاصي لا يختلفان فيما يحل لهما من المأكولات أو يحرم، ولما كانت الميئة مباحة للمطيعين عند الضرورة وجب أن يكون كذلك حكم العصاة فيها.

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/ ٧١٨.

(٢) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح ١/ ١٥٢، البيهقى ١/ ٢٧٧، الطبرانى فى الكبير رقم ٣٧٥٥.

الترجيح:-

بعد أن ذكرنا آراء العلماء وأدلتهم فإننى أميل إلى ترجيح القول الأول القائل بأن العاصى لا يترخص بالأكل من الميتة عند المخصصة لما استكلوا به ولما يأتى:

« أن ما استدل به أصحاب القول الثانى من عموم قوله تعالى " ألا ما اضطررتم إليه يمكن أن يجاب عنه بأنه عام وقوله تعالى " غير باغ ولا عاد خاص والخاص يقم على العام وهو لا يبيح الميتة وغيرها من المحرمات عند الضرورة إلا لمن كان غير باغ ولا عاد على المسلمين.

فإن قالوا لفظ (غير باغ ولا عاد) يحتمل لأن يراد به البغى والعدوان فى الأكل أو البغى على الإمام أو غيره، وعلى هذا فلا يجوز تخصيص الآية الأولى به مع هذا الاحتمال بل الواجب حمله على ما يواطئ معنى العموم من غير تخصيص.

أجيب : بأن حمل الآية على البغى على المسلمين أولى من حمله على البغى فى الأكل. والذى يؤيد ذلك:

أ- قوله تعالى (فمن اضطر فى مخصصة غير متجانف لإثم) لأنه يقتضى أن من يترخص ينبغى أن لا يكون موصوفاً بالبغى والعدوان فى أمر من الأمور.

ب- أن كونه غير باغ ولا عاد يفيد نفي ماهية البغى ونفى ماهية العدوان وهذه الماهية إنما تتنفي عند انتفاء جميع أفرادها والعدوان فى الأكل أحد أفراد هذه الماهية وكذا العدوان بفعل المعصية فرد آخر فإن نفي العدوان يقتضى نفي العدوان من جميع هذه الجهات فكان تخصيصه بالأكل

غير جائز وإذا ثبت هذا تبين أن العاصي ليس له الاسترخص بأكل الميتة لأنه داخل في عموم اللفظ.

ج- أن الإنسان ينفر بطبعه عن تناول الميتة وغيرها من المحرمات، وما كان كذلك فليس في حاجة إلى النهي عنه فكان صرف هذا الشرط إلى التعدى في الأكل مخرج للكلام عن الفائدة، أما إذا صرف إلى جميع أنواع البغى والعدوان التي منها العاصي بسفره كان الكلام مفيداً.

وإذا ثبت ذلك لم يكن للعاصي أن يترخص بالأكل من الميتة وهو المدعى.

﴿ أما استدلالهم بقوله تعالى " ولا تقتلوا أنفسكم فغير مسلم لأنه يتمكن من إحياء نفسه بالأكل من الميتة عندما يتوب عن المعصية قال ابن حزم ^(١) بعد أن ساق استدلالهم بالآية وهذا من أقبح ما يكون من الإيهام وما أمرناه بقتل نفسه بل بما افترض الله عليه من التوبة فلينوها بقلبه.

وليمسك عن البغى والامتناع من الحق بيديه ثم يأكل ما أطر إليه خلافاً له، أما إن لا يأمره بالتوبة من البغى ويبيحوا له النقوى على الإفساد في الأرض يأكل الميتة فهذا مالا يعقل.

﴿ أما استدلالهم بالحديث حيث أباح للمسافر أن يمسح على الخف ثلاثة أيام ولياليها من غير أن يفرق بين المطيع والعاصي. فيمكن أن يجاب عنه بأنه عام والآية (فمن أضطرو

(١) المحلى ٧ / ٤٢٨.

غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) خاص والخاص يقدم على العام كما سبق.

« أن الرخصة إعانة على السفر، فإذا كان السفر معصية كانت الرخصة إعانة على المعصية وذلك محال لأن المعصية ممنوع منها والإعانة سعى في تحصيلها والجمع بينهما تناقض.

وعلى هذا فالعاصي ليس له أن يترخص عند الضرورة وليس في ذلك قتل له أو امر له بارتكاب معصية أخرى وإنما ذلك أمر له بالمبادرة إلى التوبة وترك المعصية، ولا يشك علق أن ذلك أولى من إعانة على المعصية فإن لم يتب واستمر على المعصية فهو الذي قتل نفسه بإصراره على عدم التوبة.

والله أعلم،،،

المطلب الرابع في أكل المضطر من المحرم رخصة أم واجب

مما سبق تبين لنا أن الفقهاء مجمعون على مشروعية أكل الميتة وغيرها من المحرمات عند الضرورة رغم خلافهم في المقدار الذي يحل تناوله لكن هذه المشروعية هل تأخذ صفة الوجوب فيكون واجبا على المضطر أن يأكل وإلا كان عاصيا بترك الأكل أم أن ذلك مباح له؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: وذهب إليه الحنفية^(١) والشافعية في وجه^(٢) والحنابلة في رواية^(٣) والزيدية^(٤) في وجه أن أكل ما يمسك الرمق^(٥) من المحرم عند الضرورة واجب فمن ترك الأكل أو الشرب حتى مات كان أثما قاتلا لنفسه وقد نهى الله سبحانه عن قتل الإنسان نفسه فقال " ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما - ومن يمتنع عن الأكل حتى يموت يكون قاتلا لنفسه، كما نهى الله سبحانه عن إلقاء النفس في التهلكة فقال (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وترك الأكل مع إمكانه في هذا الحال إلقاء باليد إلى التهلكة، ثم إن الإنسان مأمور بدفع الضرر عن نفسه، ومن ترك الأكل فقد

(١) أحكام القرآن للجلالين ١/ ١٧٩.

(٢) المهذب ١/ ٢٥٠، الحاوي الكبير ١٥/ ١٦٩.

(٣) المفتي ٨/ ٥٩٦.

(٤) البحر الزخار ٥/ ٣٣٢.

(٥) أما أكل ما زاد على ذلك إلى حد الشبع عند من يقول به فهو مباح وليس بواجب لأن الوجوب مختص بما أحيا النفس وهو إمسك الرمق أما الزيادة عليه فهو لحفظ القوة وذلك ليس بواجب.

سعى في هلاك نفسه، فكما يجب عليه دفع الهلاك بأكل الحلال يجب عليه دفع ذلك بأكل الحرام عند الاضطرار، ثم إنه قادر على إحياء نفسه بما أحله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلالاً، وقد روى عن مسروق أنه قال من اضطر إلى أكل الميتة فلم يأكل حتى مات دخل النار إلا أن يعفو الله عنه.

القول الثاني:-

وذهب إليه المالكية^(١) وهو الوجه الثاني عند الشافعية^(٢) وأحد وجهين عند الحنابلة^(٣) والوجه الثاني عند الزيدية^(٤) أن الأكل من المحرمات في حال الضرورة مباح وليس واجبا، فجائز للمضطر أن يأكل وجائز له أن لا يأكل إيثارا للورع ولا إثم عليه.

وقد استدلوا لذلك بما يلي:

أ- روى أن عبد الله بن حذافة السهمي لما أسره الروم حبسوه في بيت وجعلوا معه خمرا ممزوجا بماء ولحم الخنزير ثلاثة أيام فلم يأكل حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه فقال لهم قد كان الله أحله لي لأني مضطر ولكن لم أكن لاشتمكم بدين الإسلام. فهذا صحابي يعلم أنه مضطر لأكل الخنزير وشرب الخمر، ولكنه امتنع من فعل ذلك حتى كاد أن يموت ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك، ولو كان الأكل واجبا لوجد منهم من ينكر عليه فعله فلما لم ينكر عليه أحد كان هذا إجماعا منهم على أن الأكل والشرب للمضطر إنما هو رخصة وليس واجبا.

(١) المنتقى للبلخي ٣ / ١٣٨.

(٢) شرح المحلى مع قليوبي ٤ / ٢٦٢.

(٣) المغنى ٨ / ٥٩٦.

(٤) البحر الزخار ٥ / ٣٣٢.

ب- روى أن مسيلمة أخذ رجلين فقال لأحدهما ما يقول في
محمد قال رسول الله ﷺ قال فما تقول في ؟ قال أنت أيضا
فخلاه، وقال للأخر ما تقول في محمد قال رسول الله ﷺ-
قال فما تقول في قال أنا أصم فأعاد عليه ثلاثا فأعاد جوابه
فقتله فبلغ رسول الله ﷺ- فقال أما الأول فقد أخذ برخصة
الله وأما الثاني فقد صدح بالحق فهيننا له، فقد دل على أن
المضطر مخير بين الأخذ بالرخصة أو تركها حيث إن النبي
ﷺ- لم يخطئ واحدا منهما فلو كان الأخذ بالرخصة واجبا
لعاب النبي ﷺ- فعل الثاني منهما وهو الذي لم يأخذ
بالرخصة.

ج- أن المضطر قد يكون له غرض في اجتناب النجاسة
والأخذ بالعزيمة وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة فكان
إيجاب الأكل تكليفا له بما لا يطلق.

الترجيح:-

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح القول
الثاني القائل بجواز الأكل وعدم وجوبه لما استدلوا به، ولأن
للممتنع غرض من امتناعه عن الحرام، وهذا الغرض قد يكون
اجتناب النجاسة وقد يكون التقذذ من أكل الحرام وعدم قبول
طبعه له، ثم إن المحرمات إنما أبيحت للضرورة نيسيرا على
الناس فإذا قلنا بالوجوب لم يكن ذلك نيسيرا على من عافت نفسه
تلك المحرمات إذ يكون في إيجابه إلزاما بما لا يستطيعه ولا
تقبله نفسه، والتكليف بما فوق الوسع غير جائز إذ لا يكلف الله
نفسا إلا وسعها.

والله أعلم،،

المطلب الخامس

فى

إباحة المحرم للضرورة حضرا وسفرا

المخصصة وهى سبب الضرورة كما تكون فى السفر قد تكون فى الحضر لكن لما كان الغالب حدوث الضرورة فى السفر لم يختلف الفقهاء فى إباحة المحرمات للمضطر فى السفر ولما كان حدوثها فى الحضر من الأمور النادرة اختلف الفقهاء فى إباحة المحرم للمضطر فى الحضر.

وحاصل خلافهم كالآتى:

المالكية ^(١) وأحمد فى رواية ^(٢) يرون أن الميتة وغيرها من المحرمات لا تحل للمضطر فى الحضر لأن الغالب أن الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكنه دفع الضرورة بالسؤال، وإذا اندفعت الضرورة بطريق حلال لم تبج المحرمات لسزوال السبب المبيح.

أما جمهور الفقهاء ^(٣) فيقولون بحل الميتة وغيرها من المحرمات للمضطر حضرا وسفرا ودليل ذلك هو عموم الآيات المبيحة للمحرمات عند الاضطرار مثل قوله تعالى (فمن

(١) المنقلى ٣ / ١٤٠.

(٢) المنقلى ١ / ٥٩٦، ٥٩٧.

(٣) الحارث الكبير ١٥ / ١٦٨، الاقتناع ٢ / ٢٧٥، المحلى ٧ / ٤٢٦.

اضطر غير باع ولا عاد] وقوله [وقد فصل لكم ما حرم عليكم
إلا ما اضطررتم إليه] وغيرها من الآيات.

حيث لم تفرق الآيات بين مضطر وآخر بل جاءت مطلقة
غير مقيدة بإحدى الحالتين كما أن قوله فمن اضطر لفظ عام في
حق كل مضطر، ثم إن الاضطرار كما يكون في السفر يكون
في الحضر - كما في سنوات المجاعة، وسبب الإباحة هو الحاجة
إلى حفظ النفس عن الهلاك وهذا المعنى عام في الحالتين.

الترجيح:

مما سبق يظهر لنا أن الراجح هو القول الثاني وهو إباحة
المحرمات لكل مضطر كان ذلك في سفر أو في حضر لقوة ما
استدلوا به، ولأن سبب الإباحة هو الضرورة وليس السفر أو
الحضر فإينما وجدت حلت المحرمات وكون الحضر مظنة
وجود الطعام لا يغير من الحكم شيئاً لأن الضرورة أمر معتبر
بوجود حقيقته لا يكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة
أباحته ومتى ارتفعت حرم الأكل دون نظر لحال المضطر أو
في سفر أم في حضر.

الخاتمة

بعد أن يسر الله لنا الأمر، وتم هذا العمل بفضل الله وتوفيقه فإنني أختتم بهذه للسطور القليلة أوضح فيها بعض الحقائق والنتائج التي وضحت من خلال هذا العمل والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- إن كل ما في الأرض مسخر لخدمة الإنسان ومنفعته. يوضح ذلك قوله تعالى " هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً " ثم أنه سخر لنا هذه المخلوقات وأباح لنا الانتفاع بها وامن علينا بذلك يقول تعالى (أو لم يروا أننا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاماً فهم لها مالكون وذلّلناها لهم فمنها ركوبهم ومنها يأكلون ولهم فيها منافع ومشارب أفلا يشكرون) وقوله (وسخر لكم ما في السماوات وما في الأرض جميعاً منه إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون).

ب- إن الأصل فيما لم يرد فيه نص الإباحة إذا كان نافعاً والحرمة إذا كان ضاراً.

أما أدلة إباحة المنافع فكثيرة منها - " خلق لكم ما في الأرض " - حيث إن اللام تقتضي الاختصاص بجهة الانتفاع فيكون الانتفاع بجميع المخلوقات مألوفاً فيه شرعاً. ومنها قوله تعالى: (قل من حرم زينة الله لأخرج لعباده والطيبات من

الرزق) فهذا الاستفهام ليس على حقيقته بل هو للإنكار فيكون الباري سبحانه قد أنكر تحريم الزينة التي يختص بنا الانتفاع بها، وإنكار التحريم يقتضى انتفاءه، وإذا لم تثبت الحرمة ثبت الحل.

أما أدلة تحريم المضار فمنها حديث لا ضرر ولا ضرار. فالضرر عام لأنه فى سياق النفى، وهو مراد به النهى، وبهذا يكون الحديث مفيداً للنهى عن كل ما فيه ضرر بالنفس أو أضرار بالغير فيكون كل منهما محرماً.

ج- إن الله سبحانه لم يحل لنا إلا الطيب ولم يحرم علينا إلا الخبيث ويؤيد هذا القول تعالى (الذين يتبعون الرسول النبى الأمى الذى يجدونه مكتوباً عندهم فى التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث).

وقوله تعالى : (كلوا مما فى الأرض حلالاً طيباً) وقوله (كلوا من الطيبات) إلى غير ذلك من الآيات الدالة على حل الطيب المستطاب وتحريم الخبيث النجس.

وبالاستقراء وتتبع المحرمات نجد أن الله ما حرم شيئاً إلا لكونه خبيثاً نجساً ضاراً بأكله ومن الأمثلة على ذلك.

«الخنزير حرمها الله لما فيها من مضار ولأنها خبيثة يقول سبحانه (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس) إلخ والرجس هو الخبيث - وقوله وإثمهما أكبر من نفعهما.

«الخنزير والدم المسفوح والميتة إنما حرمها الله لما فيها من الخبث يقول سبحانه (قل لا أحد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به).

«إن نسبة ما حرمه الله من الحيوان قليلة إذا ما قورنت بما أحله وأباح لنا الانتفاع به.

«الزكاة شرط في حل أكل المأكول من حيوان البر فقط.

مما لا شك فيه أن ما يؤكل من حيوان البر لا يحل إلا بالزكاة الشرعية- إما بالذبح أو بالنحر- ولعل السبب في هذا هو تطيب اللحم وتطهيره من الدم وفي ذلك فوائد كثيرة تعود على الإنسان منها:

- ١- أن الدم خبيث واللحم لا يطيب إلا بإخراجه عنه.
- ٢- أنه قد ثبت علميا أن الدم يحمل الكثير من الجراثيم والميكروبات ولو بقي لأدى إلى حدوث الكثير من الأمراض لأكلية.
- ٣- أن بقاء الدم وبه هذه الجراثيم يسارع بإفساد اللحم في أقرب وقت فلا يطيب لأكلية.

أما حيوان الماء فلا يشترط لحله الزكاة فيجوز أكله بغير
 زكاة ولعل السبب في هذا هو عدم القدرة على تربيته أو لأنه
 لادم له فلا تكون هناك حاجة إلى إسالة الدم لكي يطيب اللحم.
 « أن الزكاة يشترط لها القدرة.

ففي المقدرة عليه من الحيوان لابد من الذبح أو النحر في
 الحلق واللثة بقطع الودجين والمرئ والحلقوم أما عند العجز
 عن ذلك فيكفى جرح الحيوان وتسييل الدم من أى موضع قدر
 عليه إذ " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها وهذا ما فى الوسع عند
 العجز.

« حرص الإسلام على حياة الإنسان.

ويتجلى ذلك فى صور منها:

١- حماية الإنسان من المحرمات.

أثبت العلم أن ما حرم من الحيوان - فى أكثره - يحصل
 أضرارا كان من الممكن أن تنتقل إلى آكله فكان فى تحريمه لها
 حرصا على حياة الإنسان.

يقول الله سبحانه "ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم
 رحيما" وما لم يثبت ضرره اليوم قد يكشف العلم فى يوم من
 الأيام عن أضراره وقد صدق الله إذ يقول (ولا يحيطون بشئ
 من علمه إلا بما شاء) ف سبحانه من أحاط بكل شئ علما، فعلىنا أن
 نسلم لحكم الله راضين بما حكم.

٢- إباحة المحرمات عند الضرورة:

عندما لا يجد الإنسان ما يسد به رمقه ويحفظ به حياته إلا المحرمات ويخشى إذا لم يتناولها أن يهلك فإن الله أباح له الأكل عندئذ حتى لا يقتل نفسه إلى أن يجد ما يغنيه عنها وهو في ذلك غير باغ ولا عاد في الأكل من المحرم بل يقدر الضرورة، وكما يكون الأكل مباحا قد يكون واجبا إذا أشرف على الهلاك فإله يقول " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة " - ويقول " ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما "

والله أعلم ،،،،،

وأخيرا فهذا هو جهد المقل وهو غاية ما تيسر لي وحسبى أننى لم أنخر وسعا ولم أقصر فى بذل الجهد والوقت لإخراج هذه الأحكام الشرعية فى موضوع يتعلق بمطعم الإنسان فى بحث صغير بعد أن كانت منتشرة فى أمهات الكتب حتى يتيسر لمن أراد أن يتحرى الحلال فى مطعمه معرفتها ومعرفة الرائج منها بغير عناء فإن أكن قد وفقت فالحمد لله وإن كانت الأخرى فحسبى قوله تعالى (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا).

والغفر لله لنا وهه الأمير لله ربح العلمين

ثَبَتَ الْمَصَادِر

- ١- التفسير الكبير - المعروف بمفاتيح الغيب لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي دار الفد العربي.
- ٢- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله بن أحمد القرطبي - ط ثانية دار الفد العربي.
- ٣- أحكام القرآن للجصاص - لأبي بكر أحمد الرازي - المكتبة التجارية- مكة المكرمة.
- ٤- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري- دار الفتح الإسلامي الإسكندرية.
- ٥- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام مسلم بن الحجاج- ط دار الكتب العلمية.
- ٦- صحيح ابن حبان- المعروف بالإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ط دار الكتب العلمية.
- ٧- سنن الترمذي المعروف بالجامع المختصر من السنن لأبي عيسى محمد بن عيسى - ط المكتب الإسلامي.
- ٨- سبل السلام للصنعاني مع بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني ط مصطفى الحلبي.
- ٩- سنن البيهقي- أو السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ط دار المعرفة بيروت.

- ١٠- سنن الدارمي لأبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن ط دار الكتب العلمية بيروت.
- ١١- سنن الدار قطنى لعلى بن عمر ط شركة الطباعة الفنية- الدراسة.
- ١٢- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى ط دار الحديث القاهرة.
- ١٣- سنن أبى داود لأبى داود سليمان بن الأشعث السجستاني ط دار إحياء السنة النبوية.
- ١٤- سنن ابن ملجة لأبى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى ط - دار الحديث القاهرة.
- ١٥- فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ط دار الريان للتراث.
- ١٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى.
- ١٧- المسند للإمام أحمد مع كنز العمال ط دار الفكر.
- ١٨- مختصر السنن للمنذرى.
- ١٩- جامع العلوم والحكم لابن رجب تحقيق الأحمدي أبو النور إصدار وزارة الأوقاف.
- ٢٠- الموطأ للإمام مالك مع شرح الزرقانى ط دار الفكر.
- ٢١- نيل الأوطار للشوكانى على منتقى الأخبار لمحمد بن على الشوكانى مكتبة دار التراث القاهرة.

- ٢٢- الطبراني الكبير لأبي القاسم سليمان بن أحمد ط ثانية مكتبة التوعية الإسلامية.
- ٢٣- شرح معاني الآثار للطحاوي أبي جعفر أحمد بن محمد الحنفى ط دار الكتب العلمية.
- ٢٤- المستدرك للحاكم النيسابورى وبذيله التخليص للحافظ الذهبي ط دار المعرفة.
- ٢٥- شرح السنة للبغوى ط المكتب الإسلامى.
- ٢٦- الترغيب والترهيب للمنذرى الناشر دار الحديث للقاهرة.
- ٢٧- الأنساب والنظائر للسيوطى ط دار أحياء الكتب العربية عيسى الحلبي.
- ٢٨- الأنساب والنظائر لابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم الناشر مؤسسة الحلبي.
- ٢٩- المحصول فى علم الأصول.
- ٣٠- شرح الاسنوى على المنهاج.
- ٣١- حاشية البناني على شرح المطى على جمع الجوامع.
- ٣٢- منهاج الوصول فى علم الأصول.
- ٣٣- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى ط مصطفى الحلبي.
- ٣٤- مشكاة المصابيح للتبريزى بتحقيق الألبانى.
- ٣٥- شرح المنار لابن ملك.

- ٣٦-المصباح المنير للفيومي ط وزارة المعارف العمومية.
- ٣٧-القاموس المحيط للفيروز ابادى ط ثالثة المطبعة الأميرية.
- ٣٨-النظم المستعذب بشرح غريب المذهب لابن بطلال الركبي مع المذهب ط دار الفكر.
- ٣٩-مختار الصحاح للرازي ط دار الحديث القاهرة.
- ٤٠-حياة الحيوان للميرى مطابع الأهرام.
- ٤١-الحيوان للجاحظ.
- ٤٢-بدائع الصنائع للكاساني ط دار الكتاب العربي.
- ٤٣-العناية على الهداية مع فتح القدير لأكمل الدين الباهرتي ط الحلبي.
- ٤٤-تكملة فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام ط الحلبي.
- ٤٥-الهداية شرح بداية المبتدى للمريناني مع الفتح ط الحلبي.
- ٤٦-حاشية رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين ط دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ٤٧-شرح الكنز للعيني ط مصطفى الحلبي.
- ٤٨-المبسوط لشمس الأئمة السرخسي ط دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٤٩-بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ط دار الكتب العلمية بيروت.
- ٥٠-الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ط فيصل الحلبي.

- ٥١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة
الدسوقي ط فيصل الحلبي.
- ٥٢- شرح الزرقاني على الموطأ لسيدى محمد الزرقاني ط دار
الفكر.
- ٥٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد بن محمد بن
عبدالرحمن الحطاب ط دار الفكر.
- ٥٤- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير
المواق ط دار الفكر.
- ٥٥- المنتقى للباجي على موطأ الإمام مالك دار الكتاب العربى
بيروت.
- ٥٦- المجموع شرح المذهب للنووى لأبى زكريا محى الدين بن
شرف للنووى ط دار الفكر.
- ٥٧- المذهب للشيرازى إبراهيم بن على ط دار الفكر.
- ٥٨- الأم للإمام الشافعى ط دار المعرفة بيروت.
- ٥٩- شرح المحلى على منهاج الطالبين للعلامة جلال الدين
المحلى مطبوع مع قليوبى.
- ٦٠- قليوبى على شرح المحلى ط فيصل الحلبي.
- ٦١- عميرة على شرح المحلى مع قليوبى ط فيصل الحلبي.
- ٦٢- الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربيني الخطيب ط / دار
إحياء الكتب العربية.

- ٦٣- الحاوي الكبير للماوردي
- ٦٤- المغنى لابن قدامة عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدمي الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٦٥- شرح منتهى الإرادات المنصور بن يونس البهوتي ط دار
الفكر بيروت.
- ٦٦- المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ط المكتب الإسلامي.
- ٦٧- كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي مكتبة النصر الحديث
الرياض.
- ٦٨- مجموع الفتاوى لابن تيمية تقي الدين أحمد بن تيمية
الحراني ط مطابع الرياض.
- ٦٩- المحلى لابن حزم على بن أحمد بن سعيد تحقيق محمد
شكر دار التراث.
- ٧٠- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن
يحيى بن المرتضى ط دار الكتاب الإسلامي.
- ٧١- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام
محمد بن علي الشوكاني ط دار الكتب العلمية بيروت.
- ٧٢- حدائق الأزهار لعلي أحمد بن يحيى المهدي مع العسيل ط
دار الكتب العلمية.

فهرس عم

رقم الصفحة	الموضــــــــــــــــوع
٣	تقديم.....
٧	تمهيد
٨	أقسام الحيوان
١٠	الأصل في الأشياء الإباحة
٢٠	المبحث الأول- حيوان الماء
٢٠	ما اتفق على حله
٢٢	الخلاف في الطافي من السمك
٣١	ما قطع من السمكة وهي حية.....
٣٢	الخلاف في حيوان البحر غير السمك
٣٨	التمساح
٤٠	السرطان
٤٢	السحفاة البحرية
٤٣	الضفدع
٤٥	خنزير الماء ، كلب الماء
٤٨	المبحث الثاني: الخيل والبغال والحمير
٤٨	المسألة الأولى في حكم الخيل
٦٢	المسألة الثانية حكم أكل لحم البغال
٦٦	المسألة الثالثة لحوم الحمير
٦٦	لحوم حمر الوحش
٦٨	لحوم الحمر الإنسية
٧٦	المبحث الثالث: بهيمة الأنعام
٧٦	أدلة حل الأهلي من الأنعام
٨٠	الزرافة
٨١	الأرنب

تابع الفهرس العام

رقم الصفحة	الموضوع
٨٥	الوير
٨٧	المبحث الرابع: أكل ذى الناب من السباع
٨٨	آراء العلماء فى أكل لحوم السباع
٩٣	الخلافة فى علة للتحريم
٩٥	الأسد والفهد والنمر والذئب
٩٧	الضبع
١٠٤	الفيل
١٠٧	الذئب
١٠٨	السنور
١١١	الثعلب
١١٣	اليربوع
١١٤	النمس
١١٥	القرود
١١٨	المبحث الخامس: الطير
١١٨	ذو المخلب من الطير
١٢٣	مالا عدوى فيه
١٢٣	أ- الرخم والبغاث وأبو قردان
١٢٥	ب- للغراب
١٢٩	ج- الخفاش - الوطواط
١٣٠	د- الهدد - وللصرد
١٣٢	هـ - بقية الطيور غير ما ذكر
١٣٥	حكم الجلالة
١٣٧	ذبح الجلالة قبل الحبس
١٤١	ذبح الجلالة بعد الحبس

تابع الفهرس العام

رقم الصفحة	الموضوع
١٤٤	المبحث السادس
١٤٤	الحشرات وهوام الأرض
١٤٩	النحلة والنملة
١٥٠	القنفذ
١٥٣	الضبب
١٦٢	كل حشرات الأرض وهوامها غير ما ذكر
١٦٧	المبحث السابع في الذكاة
١٧٠	المطلب الأول: أنواع الذكاة
١٧٦	المطلب الثاني في صفة للذكاة
١٨٠	ذبح الحيوان من التقا
١٨٥	المطلب الثالث آلة الذكاة
١٨٦	الذكاة بالسن والظفر
١٨٩	الذكاة بالعظم
١٩٢	المطلب الرابع في التسمية على الذبيحة
٢٠٠	المطلب الخامس في ذبائح أهل الكتاب
٢٠٢	ذبائح نصارى العرب
٢٠٥	المطلب السادس: في ذكاة الاضطرار
٢٠٦	الصيد
٢٠٦	غير المقدور عليه من الحيوان الأفس
٢١١	المطلب السابع في ذكاة الجنين
٢١٦	الخلاص فيما لم يشعر
٢٢١	المبحث الثامن: الميتة والدم والخنزير
٢٢٢	المطلب الأول: الميتة
٢٢٢	أدلة تحريم الميتة
٢٢٥	ميتة السمك والجراد

تابع الفهرس العام

رقم الصفحة	الموضوع
٢٢٥	ما قطع من الحيوان وهو حي
٢٢٦	قطع العضو بعد التنكية وقبل خروج الروح
٢٢٦	المجسمة والمصبورة
٢٢٧	المنخقة والموقوذة والمتردية والنطحية ولكيلة السبع
٢٣٣	الذين يخرج من الميتة
٢٣٥	البويض يخرج من الميتة
٢٣٧	المطلب الثاني: الدم
٢٣٧	الدم المسفوح
٢٣٩	الدم غير المسفوح
٢٤١	الدم اليسير يكون في أعلى القدر
٢٤٣	المطلب الثالث: الخنزير
٢٤٣	الخنزير البري
٢٤٥	جلد الخنزير
٢٤٦	شعر الخنزير
٢٤٨	المبحث التاسع: الضرورة وأثرها في حل الحرام
٢٥١	المطلب الأول: الحالة التي يصبح فيها الوصف بالاضطرار ...
٢٥٤	المطلب الثاني: القدر الذي يباح للمضطر أكله
٢٦٠	المطلب الثالث: أثر الضرورة في إباحة الميتة للعاصي
٢٦٧	المطلب الرابع: الأكل للمضطر رخصة أم واجب
٢٧٠	المطلب الخامس: إباحة المحرم للضرورة حضرا وسفرا
٢٧٢	الخاتمة
٢٧٧	ثبت المصادر
٢٨٣	الفهرس



كلية الشريعة والقانون بأسبوط

بحث في
الإغماء وأثره
على
الأحكام الشرعية



د / محمد عبد السمیع فرج

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسبوط

١٤١٨ هـ - ١٩٩٩ م



المقدمة:

الحمد لله الذى خلق الخلق ليبرهنوا عليه، وبعث فيهم رسلاً منهم يهدونهم إليه، وصلى الله عليهم -عموماً- وعلى أشرف المرسلين إليه خصوصاً وعلى آله وصحبه ومن اتبعه به واهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد أنزل الله تبارك وتعالى شرعه الحكيم، وأخبر فيه بأنه اصطفى بنى آدم على خلقه أجمعين، فقال تعالى "إن الله اصطفى آدم ونوحاً وآل إبراهيم وآل عمران على العالمين"^(١)، ثم جعلهم مستخلفين إلى لقائه يوم الدين، وما ذلك إلا لكونهم أهلاً لتكليفهم بأحكام شرعه القويم قال تعالى "إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها واشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً"^(٢)، لكن الإنسان قد يطرأ عليه ما يخرج به عن أهلية التكليف، وذلك حينما يقوم به عارض من عوارض التكليف الأمر الذى يستتبع تغيير الحكم بالنسبة له هذا ولما كان الإغماء من بين هذه العوارض، فأتى أثر أن أقدم لكل قارئ يريد أن يعرف حكم الله بالنسبة له هذا للبحث المتواضع ولا يفوتنى فى هذا المقام أن أبين أمرين مهمين:

(١) سورة آل عمران الآية (٣٣).

(٢) سورة الأحزاب الآية (٧٢).

الأول: أن هذه الأحكام وإن كانت موجودة فى الكتب إلا أن جمعها فى موضع واحد شئ يصعب مثاله إلا بشق الأنفس.

الثانى: أن هذا البحث ذو شقين: الأول: قلم على الدراسة النظرية بذكر الآراء المتعددة التى تتعلق بأهلية "المغضى عليه" والثانى: بيان أثر هذه الدراسة النظرية فى الأحكام الشرعية التى تخصه وليس هذا بالعمل السهل، فهو يتطلب أن يكون الشارع فيه على دراية بالفنيين، فمن الأصول، وفن الفقه، ليخرج بالأصول من البحث النظرى إلى الواقع العلمى.

هذا ولا ادعى أنى قد وصلت ببحثى هذا إلى درجة الكمال، فإن الكمال لله وحده، وحسبى أنى بشر أخطئ وأصيب، فإن كانت الثانية، فبتوفيق من الله وإن كانت الأخرى فمن نفسى. والله أسأل أن يجعل عملى هذا خالصاً لوجه الكريم وأن يوفقنى إلى ما فيه الخير لمعرفة أحكام الدين إنه نعم المولى ونعم النصير.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

خطة البحث

خطة البحث على النحو التالى:

أولاً: الدراسة الأصولية النظرية

ثانياً: التطبيقات العملية للدراسة الأصولية النظرية

أولاً: الدراسة الأصولية النظرية:

الأهلية

تمهيد:

يقتضى منا الحديث عن الإغناء باعتباره من عوارض
الأهلية الحديث عن الأهلية ذاتها فنقول:

الأهلية في اللغة:

مؤنث الأهل، والأهلية للأمر الصلاحية له^(١)، كما أطلقت
الأهل على أهل الرجل أى عشيرته وأقربائه، وأهل البيت مكانه،
وأهل المذهب من يدين به ويمتقه، وأهل الأمر ولاته الذين
يقيمون عليه ويصلحون له^(٢)، والمعنى الأول الذى نص عليه
صاحب المعجم الوسيط هو المواد هنا وعلى هذا يقال: فلان أهل
لأن يتولى أمر نفسه أى عنده الصلاحية فى أن يصرف أموره
ويتولاه بنفسه.

وفى الاصطلاح:

هى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له
وعليه^(٣)، وهذا التعريف للإمام عبد العزيز البخارى.
واعترض عليه: بأنه غير جامع، لأنه لا يشمل أهلية
الأداء التى هى أحد أقسام الأهلية.

(١) هذا ما نص عليه صاحب المعجم الوسيط (ينظر: المعجم الوسيط ج١/ص٣٢
طبعة بيروت مصورة عن طبعة دار المعارف سنة ١٣٩٣هـ).

(٢) ينظر: الصحاح للجوهري ج٤/ص١٦٢٨/١٦٢٩ الطبعة الثانية بيروت.

(٣) ينظر: كشف الأسرار عن أصول للبزدوى ج٤/ص٢٣٧ طبعة الشركة الصحافية
العثمانية سنة ١٣٠٨هـ.

وبناء على ذلك: يكون التعريف المختار للأهلية بعد استقراء ما ورد عن كثيرين من الأصوليين هو أن تعرف الأهلية بأنها: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً" (١).

شرح التعريف المختار:

قولنا "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له" أي الحقوق التي تجب له على الغير. وقولنا "أو عليه" أي ما يجب على الإنسان من التزامات نحو الغير.

وقولنا "وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً" أي بأن يكون الشخص صالحاً لصدور الفعل منه على وجه يقره الشرع، بأن يكون فاهماً لما يفعله ويقولوه وهو صحيح العقل والبدن، وعلى هذا فإن التعريف يكون شاملاً للأهلية بصفة عامة، حيث جاء متضمناً لقسميها أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

هذا ولما كانت صحة العقل والبدن لا تتوافر لجميع الناس بل منهم من يكون كامل العقل والبدن فثبتت له الأهلية بمعناها العام - أي أهلية وجوب بقسميها وأهلية أداء بقسميها - ومنهم من يكون فاقده العقل كامل البدن فثبتت له أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، من هنا وتبعاً لكمال العقل والبدن أو نقصهما أو

(١) ينظر: التقرير والتحرير ج٢/ص ١٦٦ طبعة الأميرية سنة ١٣١٦هـ، وحاشية الأزميري على مرآة الأصول ج٢/ص ٤٣ طبع الأميرية ببغداد سنة ١٢٥٨هـ، وفتح الغفار بشرح المنار ج٢/ص ٨٠ طبع مصطفى الحلبي سنة ١٩٣٦م.

فقدانها قسم العلماء الأهلية إلى قسمين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء وكل منهما تنقسم إلى كاملة وناقصة، فصارت الأقسام أربعة:

أقسام الأهلية:

سبق أن ذكرنا أن العلماء قسموا الأهلية إلى قسمين:

أ- أهلية الوجوب^(١). ب- أهلية الأداء^(٢).

أولاً: أهلية الوجوب:

تعريفها:

عرف علماء الأصول أهلية الوجوب بأنها: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(٣).

وأساس ثبوت هذه الأهلية: الحياة، ولهذا كانت موجودة منذ بدء ظهور الحياة في الإنسان إلى انتهائها، فهي تتعلق بالإنسان جيناً كان أو منفصلاً عن أمه بالغاً كان أو صبيّاً رشيداً كان أو غير رشيداً ذكراً كان أو أنثى.

ولا بد لها من النمة الصالحة، لأن النمة محل الوجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها، واختص الإنسان بالوجوب لوجود النمة ولا كذلك سائر الحيوانات لعدم النمة، وقد وقع خلاف بين العلماء في فرض النمة وتقديرها أو عدم الحاجة إلى ذلك.

(١) الوجوب: عبارة عن شغل النمة (ينظر: حاشية الرهاوى ص ٩٣).

(٢) الأداء: عبارة عن تفرعها (ينظر: المرجع السابق بنفس الصفحات).

(٣) ينظر: تيسير التحرير ج ٢/ ص ٢٤٩ طبع بيروت لبنان، وكشف الأسرار ج ٤/ ص ٢٣٧.

وسوف نشير إلى هذا الخلاف بشئ من الإيجاز بما يتناسب مع هذا البحث وذلك بعد تعريف النمة فنقول:
النمة في اللغة:

جمع نَمَم - بكسر الهمزة - وتطلق في اللغة على العهد والكفالة والأمانة^(١).

ومن ذلك قوله - ﷺ - "المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم، ويسعى بذمتهم أدناهم"^(٢)، وقد نم الله عزل وجل الكفار على نقضهم للعهد مع المؤمنين فقال تعالى:
" لا يرقبون في مؤمن إلا ولا نمة"^(٣) أى عهداً أو أماناً أو ضماناً^(٤).

وفى الشرع:

وردت عن الفقهاء والأصوليين تعريفات كثيرة للنمة، وهذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى ولهذا اقتصرنا على بيان معنى النمة عند الأحناف.

(١) ينظر: الصحاح للجوهري ج٥/١٩٢٦، والمعجم الوسيط ج١/ ص٣١٥، والمصباح المنير ص٢١٠.

(٢) هذا جزء من حديث صحيح أخرجه الإمامان أبو دلود والنسائي - هـ -
(ينظر: مختصر أبى دلود باب إيقاد المسلم بالكفر حديث رقم ٤٣٦٥ ج٦/ ص٣٢٨)
وأخرجه النسائي في باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس ج٨/ ص١٩ كما
ذكر الحديث في كتب السنة (ينظر: جامع الأصول لابن الأثير ج١/ ص٢٥٤).
(٣) سورة التوبة: من الآية (١٠).

(٤) ينظر: كلمات القرآن للشيخ حسنين مخلوف ص١٢٦ طبعة مصطفى الحلبي.

فهي عندهم: عبارة عن وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب^(١) وعليه تكون الزمة عندهم وصفاً وهو الراجح.

وذهب بعض المحققين من العلماء إلى أنها ذات فعرها بأنها: نفس لها عهد سابق والمراد بالنفس ما يشير إليه كل أحد بقوله: أنا، والمراد بالعهد السابق، العهد الذي عاهد الإنسان ربه يوم الميثاق، والمشار إليه بقوله تعالى "وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم الست بربكم"^(٢)، حيث ذهب جميع المفسرين من العلماء إلى أن الله تعالى أخرج ذرية آدم بعضهم من بعض على حسب ما يتوالدون إلى يوم القيامة في أدنى مدة كموت الكل بالنفخ في الصور وحياة الكل بالنفخة الثانية، فصورهم واستخلفهم وأخذ ميثاقهم ثم أعادهم جميعاً في صلب آدم.

موقف العلماء من إثبات الزمة ونفيها:

اختلف العلماء في إثبات الزمة للإنسان أو نفيها عنه على

قولين:

القول الأول:

لجمهور الأصوليين حيث ذهبوا إلى إثبات الزمة للإنسان وقالوا إن الله عز وجل قد خص الإنسان من بين سائر

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ج٤/ ص٢٣٨.

(٢) سورة الأعراف من الآية (١٧٢).

المخلوقات بوجوب أشياء له وعليه، فلا بد من خصوصية بها يصير أهلاً لذلك وهو المراد بالذمة^(١).

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:
أولاً: قوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ...الآية"

وجه الدلالة من الآية:

أن هذا أخبار عن عهد جرى بين المولى وبين عباده، وعن أخبارهم بربوبيته ووحدايته، والإشهاد عليهم دليل على أنهم يؤخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق تجب لله عليهم، فلا بد لهم من وصف يكونون به أهلاً للوجوب عليهم، فتثبت لهم الذمة بالمعنى اللغوي والشرعي^(٢).

ثانياً: قوله تعالى: "إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ الآية".

وجه الدلالة:

أن هذه الآية تدل على أن المولى سبحانه وتعالى خص الإنسان من بين سائر المخلوقات بحمل أعباء التكليف أي وجوبها عليه^(٣).

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه بعض الأصوليين حيث قالوا إن تقدير المال في الذمة لا حاجة له، وأنه من النزهات^(٤) التي

(١) ينظر: حاشية الزمري على مرآة الأصول ج٢/ ص٤٣٤.

(٢) ينظر: التوضيح لمتن للتقي ج٢/ ص١٦٢.

(٣) ينظر: المرجع السابق ص١٦٣.

لا حاجة في الشرع والعقل إليها بل الشارع مكنه بأن يطالبه بذلك القدر من المال فهذا هو المعقول عرفاً وشرعاً هذا وقد رد الإمام البخاري صاحب كشف الأسرار على القائلين بهذا رداً عنيماً ووصفهم بأنهم لم يشموا رائحة الفقه^(١).

أقسام أهلية الوجوب:

تتنوع أهلية الوجوب عند الأصوليين إلى نوعين:

الأول: أهلية وجوب كاملة:

وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وتثبت للإنسان منذ ولادته حياً.

الثاني: أهلية وجوب ناقصة:

وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له فقط دون أن تلزمه حقوق غيره، وتثبت هذه للجنين قبل ولادته^(٢).

ثانياً: أهلية الأداء:

هي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً، وتسمى أهلية المعاملة بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لاكتساب حقوق من تصرفاته وإنشاء حقوق لغيره.

وأساس ثبوت هذه الأهلية: هو العقل لا الحياة كما في أهلية الوجوب فلا تثبت للإنسان وهو جنين في بطن أمه، ولا

(١) اللزومات: جمع نزمه وتطلق على عدة معان منها القول الخيالي من نفع وهذا المعنى هو المقصود هنا (ينظر: المعجم الوسيط ج١ ص٨٥).

(٢) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص٢٣٨.

(٣) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص٢٣٩، ٢٤٠.

تثبت له عند ولادته، وإنما تثبت له إذا بلغ سن التمييز وهي السابعة.

ومناط هذه الأهلية هو العقل، فإذا كمل العقل ثبت له أهلية أداء كاملة وإذا نقص العقل ثبتت أهلية أداء ناقصة، وإذا فقد العقل لم تثبت أهلية أداء مطلقاً^(١).

أقسام أهلية الأداء:

بالاستقراء تبين أن أهلية الأداء قسمان:

أ- أهلية أداء كاملة:

وهي صلاحية الشخص لصنود التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً وعدم توقفها على رأى أحد غيره. وتثبت هذه الأهلية للبالغ العاقل الرشيد، وهذه الأهلية تنبني على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل.

ب- أهلية أداء قلصرة:

وهي صلاحية الشخص لصنود بعض التصرفات منه دون البعض الآخر، أو لصنود أفعال وتصرفات يتوقف نفاذها على رأى غيره وتثبت هذه الأهلية للصبي إذا بلغ سن السابعة إذ لا يشترط البلوغ.

وهذه الأهلية تنبني على القدرة للقلصرة من العقل القاصر والبدن القاصر وقد بين صاحب كشف الأسرار هذه الأقسام فقال:

(١) ينظر: التوضيح لمقن التفتيح ج-٢/ ص ١٦٤.

لا خلاف أن الأداء يتعلق بقدرتين:

١- قدرة فهم الخطاب، وذلك بالعقل.

٢- قدرة العمل به، وهي البدن^(١).

والإنسان في أول حياته عديم القدرتين، لكنه فيه استعداد وصلاحية لأن يوجد فيه كل واحدة من القدرتين شيئاً فشيئاً بخلق الله تعالى إلى أن تبلغ كل واحدة منهما درجة الكمال، فقبل بلوغ درجة الكمال، كانت كل واحدة منهما قاصرة كما يكون للصبي المميز قبل البلوغ، وقد تكون إحداهما قاصرة كما في المحتوه بعد البلوغ، فإنه قاصر العقل مثل الصبي وإن كان قوى البدن ولهذا الحق بالصبي في الأحكام.

قالأهلية الكاملة:

عبارة عن بلوغ القدرتين أولى درجات الكمال، وهو المراد بالاعتداد في لسان الشرع، والقاصرة: عبارة عن القدرتين قبل بلوغهما أو بلوغ أحدهما درجة الكمال أ.هـ وقد ورد هذا المعنى عن صاحب التقرير والتحبير^(٢).

وقد بنى الشارع على الأهلية القاصرة صحة الأداء، وعلى الأهلية الكاملة وجوب الأداء وتوجيه الخطاب، لأنه لا يجوز إلزام الأداء على العبد في أول أحواله إذ لا قدرة له أصلاً، وإثبات مالا قدرة له عليه منتف شرعاً وعقلاً قال تعالى:

(١) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص٢٤٨.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ج٣/ ص١٦٤ ط دار الكتب العلمية بيروت.

"لا يكلف الله نفساً إلا وسعها"^(١)، وقال "وما جعل عليكم في الدين من حرج"^(٢)، وقبل التمييز والتمكن من الأداء لا وجه لإثبات التكليف بالأداء^(٣).

عوارض الأهلية

تكليف الإنسان موقوف على أهليته، بمعنى أن يكون الإنسان أهلاً للحكم عليه، لكن قد يعرض للإنسان بعد كمال أهليته ما ينقصها أو يفقدها ويسمى هذا عارضاً من عوارض الأهلية.

وقد بين صاحب كشف الأسرار أقسام عوارض الأهلية وذكر أنها تنقسم إلى ثلاثة أنواع هي:

الأول: ما يزيل أهلية الوجوب كالموت.

الثاني: ما يزيل أهلية الأداء كالنوم والإغماء.

الثالث: ما يوجب تغييراً في بعض الأحكام مع بقاء أصل أهلية الوجوب وأهلية الأداء كالسفر^(٤).

وباستقراء ما ورد عن صاحب كشف الأسرار وغيره من علماء الأصول نجد أن عوارض الأهلية نوعان:

١- سماوية. ٢- مكتسبة.

والسماوية هي:

الجنون، والصغر، والعته، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والمرض، والحيض، والنفاس، والموت.

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٦).

(٢) سورة الحج من الآية (٧٨).

(٣) ينظر: أصول المرخصي ج٢/ ص ٣٠٠ طبعة دار المعرفة بيروت، وكشف الأسرار ج٤/ ص ٢٦٢.

(٤) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص ٢٦٢.

والمكتسبة نوعان:

أحدهما: يصدر من ذات المكلف بمعنى أن يكون من الإنسان على نفسه وهى ستة: الجهل، والسكر، والهزل، والسفه، والخطأ، والسفر.

ثانيهما: ما يكون من الغير على ذات المكلف وهو الإكراه^(١).

عوارض أهلية التعامل

هناك أمور تعرض لأهلية الأداء التى هى أساس التعامل فتعدمها كلية أو تنقص منها، أو لا تؤثر فيها لكنها تحد من تصرفات الشخص محافظة على ماله، إما لمصلحة أو لمصلحة غيره.

والمعارض التى تعدم الأهلية هى: الإغماء، والنوم، والجنون، والسكر عند البعض.

أما المعارض الذى ينقصها فهو: العته.

أما المعارض التى ينتقصها لكنها تحد من تصرفات الشخص فهى: السفه، الغفلة، الدين، مرض الموت^(٢).

هذا وسوف نقتصر على بيان الإغماء من بين أقسام المعارض لأنه محل بحثنا. وقبل الحديث عن الإغماء نشير بشئ من الإيجاز إلى بيان أنواع المعارض الأخرى فنقول:

(١) ينظر: شرح ابن ملك ص ٩٤٤، وأصول الشيخ أبى زهرة ص ٣٣٩ والتلويح على التوضيح ج ٢/ ص ١٨٠.

(٢) ينظر: الإكراه وأثره فى الأحكام الشرعية أ د/ عبد الفتاح الشيخ ص ١٦ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩ م.

أولاً: العوارض السماوية هي:

١- الجنون: عبارة عن اختلال القوة العقلية لدى الإنسان بحيث يؤدي هذا الاختلال إلى عدم جريان الأقوال والأفعال على وفق منهج العقل السليم^(١).

أثره على الأهلية:

الجنون أصلياً كان أو طارئاً يؤدي إلى زوال أهلية الأداء بنوعيتها، لأنه يؤدي إلى فقدان التمييز عند المكلف، والتمييز أحد العناصر التي تعتمد عليها أهلية الأداء، وعلى ذلك فلا يعتد بعبارة المجنون، ولا تترتب عليها آثارها، ولا يصح أي تصرف من تصرفاته شأنه في ذلك شأن الصبي غير المميز.

أما بالنسبة لأهلية الوجوب، فإن الجنون لا ينافيها، لأنها تثبت بالنزعة، والجنون لا ينافي النزعة، لأنها ثابتة لكل مولود من البشر.

٢- العته: هو آفة توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين وكذا سائر أمور^(٢).

أثر على الأهلية:

العته نوعان:

أ- عته شديد: وهو ما يفقد الشخص إدراكه وتمييزه فيكون الشخص المصاب به فاقداً للأهلية وهذا النوع باتفاق العلماء يعامل معاملة المجنون.

(١) ينظر: التوضيح لمتن التفتيح ج٢/ ص٣٣٤، وتيسير التحرير ج٢/ ص٣٥٩.

وشرح المنار لابن ملك ص٩٤٧.

(٢) ينظر: كشف الأسرار على أصول اليزدي ج٢/ ص٢٦٢.

ب- نوع خفيف: وهو المحتوى المميز الذي يتحقق منه بعض الإدراك ولكن لا يصل إلى الإدراك الكامل فيكون ناقص الأهلية وحكم صاحب هذه الآفة أنه يعامل معاملة الصبي المميز.

٣- النسيان:

هو جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة لا بأفة.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر النسيان على أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء فالناسى مكلف كامل الأهلية، ومن ثم تثبت العبادة في نمته عند تحقق سبب الوجوب، غير أن للناسى لا يخاطب بالأداء حال نسيانه بل عند تذكره لذلك قال - ﷺ - "من نسى صلاة فليصلها إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك" (١).

٤- النوم:

وهو فترة طبيعية تحدث في الإنسان بلا اختيار منه وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها كما تمنع من استعمال العقل مع قيامه (٢).

أثره على الأهلية:

لا يؤثر النوم في أهلية الوجوب لثبوتها بالنزعة والإسلام والنوم لا يخل بهما، وينافى أهلية الأداء، لا متناع الفهم وعدم القدرة على إيجاب الفعل حال النوم، وبناء على هذا يوجب النوم تأخير الخطاب بالأداء لوقت اليقظة والانتباه (٣).

(١) ينظر: صحيح مسلم ج١/ ٢٧٦، ونيل الأوطار ج٢/ ٣٠٠.

(٢) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ٢٧٧، ٢٧٨.

(٣) ينظر: تفسير التحرير ج٢/ ٢٦٥، وفتح الغفار بشرح المنار ج٣/ ٨٩ والتلويح على التوضيح ج٢/ ١٦٩.

٥- الإغماء:

هو فتور يزيل القوى ويعجز به ذو العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر الإغماء على أهلية الوجوب والأداء، لكنه يمنع فهم الخطاب كالنوم، لأنه مرض يناقى القوة أصلاً، ولا يزيل العقل فيعجز المكلف معه عن الأداء فيتأخر الأداء إلى وقت الإفاقة^(١).

٦- السرقة:

هو عجز حكى شرع في الأصل جزاء على الكفر.

أثره على الأهلية:

السرقة لا يناقى أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، بل قد يكون الرقيق من حيث سلامة بنيته وكمال عقله أفضل من الحر بدرجات، لكن الشارع حكم بضعفه من حيث ملكية الحقوق التي يملكها الحر، فضعفه أن حكى لا حقيقى^(٢).

٧- المرض:

هو حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة، والمراد من المرض الذى هو من عوارض الأهلية مرض الموت.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر المرض على أهلية الحكم أى ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق ولا يؤثر كذلك على أهلية العبارة أى

(١) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص٢٧٩.

(٢) ينظر: عوارض الأهلية أ.د/ صبرى معارك ص٢٥٢.

أهلية الأداء، وبالتالي كان ينبغي أن يجب على المريض العبادات كاملة كما تجب على الصحيح لكن لما كان المرض من أسباب العجز شرعت العبادات على المريض بقدر الاستطاعة والمكنة قال تعالى: "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" (١).

فأثر للمرض في التكاليف الشرعية يظهر في التخفيف والتيسير في حق المريض وهذا غاية الرحمة قال تعالى: "ليس على الأعشى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج" (٢).

٨- الحيض والنفاس:

الحيض: هو دم ينفسه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر.
والنفاس: الدم الخارج من قبل المرأة عقب الولادة.
أثرهما على الأهلية:

الحيض والنفاس جعلاً معاً لأحد العوارض لأنهما متحذان في الصورة والحكم أما عن أثرهما في الأهلية فهما لا يؤثران على أهلية الوجوب ولا على أهلية الأداء، لأنهما لا يخلان بالنزاهة ولا بالعقل والتمييز ولا بقدرة البدن (٣).

٩- الموت:

هو انقطاع سبل الحياة برجع الإنسان إلى ربه، وقيل: هو صفه وجوديه خلقت ضد الحياة لقوله تعالى: "الذي خلق

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٦).

(٢) سورة الفتح من الآية (١٧).

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ج٤/ ص٣١٢.

الموت والحياة^(١)، ولهذا قيل تفسير الموت بزوال الحياة تفسير بلازمه.

أثره على الأهلية:

الموت ينفي أهلية الوجوب وأهلية الأداء، لأن الميت غير أهل للخطاب كما أن التكليف يراد به الابتلاء والاختيار، ولا ابتلاء ولا اختيار بعد الموت بل الجزاء إن خيراً فخير وإن شراً فشر^(٢).

ثانياً: العوارض المكتسبة وهي:

١- الجهل: وهو نوعان:

جهل بسيط: وهو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو به.

وجهل مركب: وهو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع مع اعتقاد مطابقته.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر الجهل على أهلية التكليف بنوعيهما سواء أكانت أهلية وجوب أو أهلية أداء، ومن ثم لا يعذر المكلف من المواخذة عن فعل ما كلف به أو تركه عن جهل، وهذا هو الأصل والقاعدة العاملة، لكن الشارع استثنى من ذلك بعض الحالات وجعله عذراً بالنسبة للمواخذة عليها^(٣).

(١) سورة المائدة من الآية (٢).

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ج٣/ ص٣٥٤، وشرح المنار لابن ملك ص٩٦٦.

(٣) مثال الحالات المستثناة الجهل بالأحكام الإسلامية في غير دار الإسلام (ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص٣٥١).

٢- السكر:

هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله.

أثره على الأهلية:

السكر لا ينفي أهلية للوجوب ولا أهلية الأداء، فالسكران مكلف تتحقق فيه الذمة والعقل والتمييز، فهو مخاطب ولا يسقط عنه الخطاب لكن غاية ما في الأمر أن السكر يمنع استعمال العقل لفترة من الزمن ثم يعود بعدها إلى التفكير، فيكون مسئولاً عن أفعاله وتلزمه التكليف الشرعية بعد أن يصحو من السكر، فهو في صحوه مسئول عن فعله في سكره^(١).

٣- الهزل:

هو أن ينطق المرء بكلام راضياً فاهماً مختاراً معناه، ولكنه لا يريد حقيقته ولا مجاوزة لهواً ولعباً.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر الهزل في أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، ولا اختيار المباشرة والرضا بها، ولكنه ينفي لاختيار الحكم والرضا به، ومعنى هذا أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلاً باختياره ورضاه، ولكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه والاختيار هو القصد إلى الشيء وإرادته، والرضا هو إثارته وإستحسانه^(٢).

(١) ينظر: فتح الغفار بشرح المنار ج٣/ ص١٠٦، وشرح المنار وحواشيه ج٢/ ص٣٧٨.

(٢) ينظر: التوضيح لمقن التنقيح ج٢/ ص٣٧٦.

٤- السفة:

عبارة عن التصرف فى المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والإسراف مع قيام حقيقة العقل.

أثره على الأهلية:

لا يوجب السفة خللاً فى الأهلية بنوعيتها، لأنه لا يخل بمناطها وهو العقل وسائر القوى الظاهرة والباطنة، فالسفيه عاقل لكنه غير رشيد ولذلك فهو مخاطب بكل التكليفات الشرعية، فالسفيه لا يمنع أحكام الشرع ولا يوجب سقوط الخطاب عن السفيه بحال سواء منع المال أو لم يمنع حجر عليه أو لم يحجر^(١).

٥- السفر:

هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها بسير الأهل ومشى الأقدام.

أثره على الأهلية:

السفر لا ينفى شيئاً من الأهلية (بنوعيتها) أى لا يخل بها بوجه لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة بكمالها، ولا يمنع وجوب شئ من الأحكام، لكنه جعل فى الشرع من أسباب التخفيف بنفسه مطلقاً يعنى من غير نظر إلى كونه موجباً للمشقة أو غير موجب لها^(٢).

٦- الخطأ:

هو فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواء.

(١) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص٣٦٩، ٣٧٠.

(٢) ينظر: المرجع السابق ج٤/ ص٣٧٦، وشرح المنار لابن ملك ص٩٩٠.

أثره على الأهلية:

لا ينافي الخطأ الأهلية بنوعيتها أى لا يخل بها بوجه لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة بكمالها، فالمخطئ شخص كامل العقل والتمييز والبدن، غير أن الشارع قد جعل الخطأ عذراً لرفع الأثم المترتب على الفعل فى الآخرة^(١)

٧- الإكراه:

عبارة عن حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار بمباشرته لو خلى ونفسه.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر الإكراه على الأهلية بنوعيتها، فالمكره شخص مخاطب من قبل صاحب الشرع لبقاء النعمة والعقل والبلوغ سواء كان الإكراه ملجئ أو غير ملجئ^(٢).

بهذا: نكون قد تحدثنا عن مجموعة عوارض الأهلية من حيث بيان أثر كل عارض على الأهلية بالقدر الذى يتناسب مع بحث الإغناء.

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ج٢/ ص٣٨٨، كشف الأسرار ج٤/ ص٣٨٠.

(٢) ينظر: التلويح ج٢/ ص٣٩٠، وكشف الأسرار ج٤/ ص٣٨٣، وتيسير التحرير ج٢/ ص٣٠٧.

الإغماء

تعريف الإغماء لغة:

هو فقد الحس والحركة لعارض، تقول غمى عليه - بضم الغين وكسر الميم وغمى - بتشديد الميم مفتوحة - أى عرض له ما أفقده الحس والحركة فهو مغمى عليه^(١).
وهو مصدر الفعل الرباعى أغمى عليه فهو مغمى عليه بمعنى غش عليه ثم أفلق^(٢).

وفى الاصطلاح:

هو فتور يزيل القوى، ويعجز به ذو العقل عن استعماله مع قيام حقيقته^(٣)، وعرفه بعض العلماء بأنه: "فتور غير أصلى لا بمخدر يزيل عمل القوى".
وقيل إنه "آفة توجب انحلال القوى الحيوانية بغيته".
وهذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها تجتمع فى المعنى^(٤).

(١) ينظر: الصحاح للجوهري ج٦/ ص٤٤٩ الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢هـ سنة ١٩٨٢، المعجم اللوسيط ج٢/ ص٦٤ الطبعة الثانية بيروت مصوره عن طبعة دار المعارف سنة ١٣٩٢هـ/ سنة ١٩٧٣م.

(٢) ينظر: للقلموس المحيط ج٤/ ص٣٧٣.

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ج٤/ ص٢٧٩.

(٤) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ج٤/ ص٢٧٩، تيسير التحرير ج٢/ ص٢٦٦ والتوضيح لمثن التقي ج٢/ ص١٦٩، وحاشية الأرميزى على مرآة الأصول ج٢/ ص٤٤١ للطبعة الأميرية الكبرى سنة ١٣٥٨هـ.

الفرق بين الإغماء والنوم:

ذكر العلماء عدة فروق بينهما، منها ما يأتي:

١- النوم فترة طبيعة أصلية، وهو سهو يحدث مع فتور جسم الموصوف به، ولا يخلو إنسان عنه في حال صحته، بخلاف الإغماء، فإنه سهو يحد عن مرض وقد يخلو عنه الإنسان مدة حياته.

٢- النوم يمكن إزالته بالتنبه بخلاف الإغماء، فإنه لا يمكن إزالته بفعل أحد.

٣- النوم لا يزيل أصل القوة، وإن أوجب العجز عن استعمالها بخلاف الإغماء، فإنه يزيل أصل القوة، وإن لم يزيل أصل العقل.

٤- النوم يتحقق من الإنسان باختباره في معظم أحواله، بينما الإغماء لا اختيل للإنسان في تحقيقه^(١).

أثره الإغماء على الأهلية:

لا يؤثر الإغماء على أهلية الوجوب ولا على أهلية الأداء، لكنه يمنع فهم الخطاب كالنوم مع سلامة العقل، والعجز عن استعمال العقل لا يوجب عدم العقل فتبقى الأهلية ببقائه كمن عجز عن استعمال السيف لم يؤثر ذلك في السيف بالإعدام، ألا ترى أنه لا يولى عليه كما يولى على الصبي والمجنون،

نعم:

(١) ينظر: حاشية الأزميري على مرآة الأصول ج٢/ ص٤٤١، كشف الأسرار ج٤/ ص٢٧٩، والفروق اللغوية لأبي هلال العسكري ص٧٨ بيروت سنة ١٤٠١هـ/ سنة ١٩٨١م، وتيسير التحرير ج٢/ ص٢٦٦ وشرح التلويح على التوضيح ج٢/ ص١٧٠.

فالإغماء مرض وليس زوالاً للعقل كالجنون وإلا لعصم منه النبي - ﷺ - كما عصم من الجنون لقوله تعالى:
" ما أنت بنعمة ربك بمجنون " (١).

إن فالأهلية بنوعيتها موجودة مع الإغماء، غاية الأمر أن الخطاب بالأداء يتأخر إلى وقت الإفاقة وللتمكن من أدائه بإرادة واختيار (٢) وبناءً على هذا فإن حكم العبادات في حق المغمى عليه إن كان الإغماء بالنسبة لها ممتداً فإنه يكون عذراً تسقط به الواجبات التي امتد فيها وإن كان غير ممتد فإنه لا يكون عذراً مسقطاً لما يفوت بسببه من واجبات.

وأما حكم أقوال المغمى عليه فإنها تأخذ حكم أقوال للنائم فهي غير معتبرة شرعاً.

أما عن تصرفاته فإن منها ما يتعلق بحقوق الله وحكمها العفو لأن المواخذة تستلزم اليقظة، وهي منعمة في المغمى عليه ومنها ما يتعلق بحقوق العباد وحكمها أنه مؤاخذ عليها مالياً فقط إذ يلزمه الضمان المالي إذا أتلّف مال غيره، ولا يؤاخذ عليها من ناحية العقوبة البدنية، لأن العقوبة البدنية تستلزم القصد والإرادة والاختيار، وهي منتفية في حق المغمى عليه (٣).

(١) سورة القلم آية (٢).

(٢) ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص٢٧٩، والأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم ص٣٧٧ وعوارض الأهلية عند الأصوليين لأستاذنا الدكتور/ صبري محمد معارك ص٢٥٥، ٢٢٦ طبعة ١٩٨١/١٩٨٢م.

(٣) ينظر: مرآة الأصول ص٣٣١، والأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم ص٣٧٧، وعوارض الأهلية عند الأصوليين أ.د/ صبري معارك ص٢٣٠.

تنبيه:

مما يجب التنبيه إليه هنا أن الأصوليينذكروا أن الإغماء وإن كان كالنوم، لأن العجز عن استعمال العقل لا يوجب عمه، فتبقى الأهلية ببقائه لكنه فوق النوم وأشد منه في فوات الاختيار. وعلى هذا يكون الأصوليون قد جمعوا بين النائم والمغمى عليه فيها يتعلق بهما من أحكام تتصل بمعاملتهما وأن أقوالهما لا اعتبار لها. وأما أفعالهما فإنها موجبة للضمان صيانة لحقوق العباد..

وقد ذكر الفقهاء هذه الأحكام بالنسبة للنائم وقالوا: إن المغمى عليه يأخذ حكمه لأنه أشد منه في فوات الاختيار. والذي يدل على أن أحكام المغمى عليه تأخذ أحكام النائم أن الفقهاء أجمعوا على أن بيع النائم لا يصح، لأنه غير مميز، لأنه قول يعتبر الرضا والمغمى عليه يأخذ حكمه، فهم أحياناً يذكرون حكم بيع المغمى عليه مثلاً، وأحياناً ينكرون حكم بيع النائم وهذا هو ما يستفاد من كلامهم^(١).

هذا وسوف نذكر هذه الأحكام فيما بعد بالتفصيل.

ثالثاً: التطبيقات العملية للدراسة الأصولية النظرية:

أثر الإغماء على الأحكام الشرعية:

أولاً: الإغماء والردة:

لا تصلح الردة من المغمى عليه، لأن العلماء اتفقوا على أن من شروط صحة الردة العقل حيث إن العقل من شرائط الأهلية في الاعتقادات وغيرها، لأن القصد مطلوب في

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٥، والمبسوط للرخسى ج ٣/ ص ٤٧، كشف الأسرار ج ٤/ ص ٢٧٨.

الاعتقادات، والقصد متفق بالنسبة للمغنى عليه فلا تصح منه الردة لذلك^(١).

ثانياً: الإغماء والوضوء:

قال الأحناف:

من نواقض الوضوء الإغماء، لأنه يستر العقل، لأن فيه استرخاء المفاصل، واستطلاق اللوكاء^(٢).

وجاء في كتاب فتح القدير: ينقض الوضوء بالإغماء والجنون، لأن العقل في الإغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب، ولهذا جاز الإغماء على الأنبياء دون الجنون. ولأن الإغماء فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء، لأن النائم يتنبه بالنتبيه بخلاف المغنى عليه، وإذا كان النوم مضطجعا ينقض الوضوء فمن باب أولى الإغماء، لأنه حدث في الأحوال كلها يعنى حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء^(٣).

وقال المالكية والشافعية:

ينقض الوضوء بالإغماء، وقد نقل ذلك عنهم ابن المنذر فقال: أجمع الفقهاء - الحنفية، والمالكية، والشافعية - على أن الإغماء ينقض الوضوء، ولهذا يجب الوضوء على المغنى عليه بعد زوال حال الإغماء سواء أكان الإغماء يميز أو كثير.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ج٧/ص١٣٤ ط بيروت لبنان، والدر المختار ج٣/ص٣١١.

(٢) اللوكاء: ما يشد به رأس القربة، وأوكى على ما في ساقه شدة بالوكاء، وقيل هو من قولهم: أوك حلقك أى سكت.

(ينظر: بدائع الصنائع ج١/ص٣٠، ومختار الصحاح ص٧٣٥).

(٣) ينظر: فتح القدير ج١/ص٥٠ طبعة البلبلى الحلبي.

ودليلهم: أن حس المغمى عليه أبعد من حس النائم بدليل أنه ينتبه بالانتباه، وقد وجب الوضوء على النائم فيجب على المغمى عليه من باب أولى^(١).

وقال الحنابلة: ينقض الوضوء بالإغماء حيث نص على هذا ابن جزم في المحلى فقال: مسألة - الأشياء الموجبة للوضوء ولا يوجب الوضوء غيرها، قال قوم: ذهب العقل بأى شئ ذهب من جنون أو إغماء أو سكر من أى شئ سكر وقالوا: هذا إجماع متيقن أهـ^(٢).

وقال الظاهرية: لا ينقض الوضوء بالإغماء، ودليلهم على ذلك: ما روى من طريق عائشة أم المؤمنين: أنه - ﷺ - فى علته التى مات فيها أراد الخروج للصلاة فأغمى عليه. فلما أفق أغتسل ولك تذكر وضوءاً، وإنما كان اغتسله ليقوى على الخروج^(٣).
الرأى الراجع فى نظرنا:

هو مذهب جمهور العلماء الذين قالوا بنقض الوضوء بالإغماء لقوة أدلتهم هذا فضلاً عن أن الوضوء ينقض بالنوم والنوم أخف من الإغماء فى تأثيره على الحس لأن النائم ينتبه بالتنبيه والمغمى عليه ليس كذلك فيكون الإغماء ناقضاً للوضوء من باب أولى.

(١) ينظر: المغنى لابن قدامة ج١/ص١٦٤، وشرح منح الجليل على مختصر خليل ج١/ص٦٦.

(٢) ينظر: المحلى لابن حزم ج١/ص٢٢١ تحقيق أحمد محمد شاكر مكتبة دار التراث بالقاهرة.

(٣) ينظر: المرجع السابق ج١/ص٢٢٢.

الإغماء والمسح:

ينتقض المسح على الخف بكل ناقض للوضوء، لأنه بعض الوضوء^(١)، وعلى هذا ينقض المسح على الخفين بالإغماء.

الإغماء والغسل:

يندب الغسل للإفاقة من الإغماء قال ابن المنذر: ثبت أن النبي - ﷺ - "أغتسل من الإغماء" متفق عليه من حديث عائشة^(٢).

الإغماء والتيمم:

مذهب الفقهاء أن كل ما ينقض الوضوء والغسل ينقض التيمم، لأنه بدل عنهما وناقض الأصل ناقض لخلقه، وعلى هذا لو فقد شخص الماء وتيمم ثم أغشى عليه فإن الإغماء ينقض التيمم، ولا بد من إعلانه مرة أخرى^(٣).

الإغماء والأذان:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح الأذان من المغمى عليه، لأن الأذان ذكر معظم، وتلذين المغمى عليه ترك لتعظيمه^(٤).

(١) ينظر: فتح القدير ج١/ص١٠٥ وما بعدها، ومغنى المحتاج ج١/ص٦٨، والمهذب ج١/ص٢٢.

(٢) ينظر: نيل الأوطار ج١/ص٢٤٣.

(٣) ينظر: فتح القدير ج١/ص٩١ والشرح الصغير ج١/ص١٩٩، ومغنى المحتاج ج١/ص١٠١، وكشاف القناع ج١/ص١٩٠.

(٤) ينظر: بدائع الصالحات ج١/ص١٥٠، وجواهر الأكليد ج١/ص٣٦.

الإغناء والصلاة:

قال الأحناف:

تسقط الصلاة عن المغنى عليه^(١) إذا استمر الإغناء أكثر من خمس سنوآت، أما إن استمر أقل من ذلك وجب عليه القضاء إذا بقي من الوقت ما يسع أكثر من التحريمه فلو لم يبق من الوقت ما يسع قدر التحريمه لم تجب عليه صلاة ذلك الوقت^(٢):

وقد اختلف علماء الأحناف فيما يتحقق به امتداد الإغناء فى الصلاة.

قال صاحب كشف الأسرار:

وقت جنس الصلاة يوم وليلة، وهو وقت قصير فى نفسه، فتأكدت كثرتها بدخولها فى حد التكرار، وقد وقع خلاف بين العلماء فيما يحصل به التكرار.

فذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - إلى أن الامتداد فى الصلاة يحصل بدخول وقت السادسة والزيادة على اليوم والليلة بساعية أقامه للسبب للظاهر وهو الوقت مقام الحكم (وهو الصلاة) تيسير على العباد فى سقوط القضاء، فهما اعتبراً الزيادة على اليوم والليلة بالساعات.

وذهب الإمام محمد: إلى أن التكرار فى الصلوات يحصل بخروج وقت السادسة وصيرورة الصلوات ستاً، لأن التكرار

(١) بمعنى أنه لا يجب عليه قضاء ما فات من الصلوات أثناء فترة الإغناء.

(٢) ينظر: قدر المختار ورد المختار ج١/ص٣٣٠.

يتحقق بذلك، وهنا يكون الإمام محمد اعتبر جنس الصلاة فاشتراط تكرارها^(١).

وقال الإمام مالك والشافعي:

لا يلزمه قضاء الصلاة إلا أن يفيق في جزء من وقتها ومن ألتهم على ذلك:

ما روى عن السيدة عائشة أنها سألت رسول الله - ﷺ - عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة اليوم واليومين فقال رسول الله - ﷺ - " ليس بشئ من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه في صلاته فيفيق وهو في وقتها فيصليها"^(٢).

وبناء على ماورد عنهما نقول: إن الإغشاء إذا زاد عن وقت صلاة واحدة فإنه يكون عذراً مسقطاً للقضاء أما إذا لم يزد عن وقت صلاة فإنه لا يسقط ما يفوت بسببه من واجبات^(٣).

وقال الحنابلة:

يجب القضاء على من تغطي عقله بمرض أو إغماء، لأن ذلك لا يسقط الصوم فكذا الصلاة.

(١) ينظر: كشف الأستار على أصول اليزدوى ج٤/ ص٢٨٠ وما بعدها.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب الصلاة باب المضي عليه يفيق بعد ذهاب الوقت فلا يكون عليه قضائها ج٢/ ص٢٨٨ ط دار المعرفة بيروت والدارقطني في باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة هل يقضى أم لا؟ ج٢/ ص٨٧، وفي الحديث الحكم بن عبد الله بن مسعود الأيلي وهو متهم بالوضع كما في إسناده خارجة بن مصعب وهو ضعيف أيضاً ينظر (التعليق المضي على الدارقطني ج٢/ ص٨٦ والمنتقى شرح موطأ الإمام مالك ج١/ ص٤٠٢ ط دار الكتاب العربي.

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب ج٣/ ص٣٨ ط دار الفكر.

وجاء في المغنى مع الشرح الكبير: مسألة: والمغنى عليه يقضى جميع الصلوات التي كانت في حالة إغمائه^(١).
ومن أدلتهم على ذلك:

ما روى أن عماراً غشى عليه أياماً لا يصلى ثم استفاق بعد ثلاث ف قيل له: هل صليت؟ قال ما صليت منذ ثلاث، فقال أعطوني وضوءاً فتوضأ ثم صلى تلك الليلة^(٢).
الإغماء والصوم:
قال الحنفية:

من أغمى عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الإغماء لوجود الصوم، وهو الإمساك المقرون بالنية، وإذا الظاهر وجودها فيه لأن ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان عدم الخلو عن النية، وقضى ما بعده من الأيام لاتعدام النية، وإن أغمى عليه أول ليلة قضاء كله غير يوم تلك النية، لأن ظاهر حال المسلم نية الصوم، ومن أغمى عليه رمضان كله قضاء، لأنه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا فيصير عذراً في التأخير لا في الإسقاط.

وجاء في بدائع الصنائع: في شرائط الصوم: أن عامة مشايخ الحنفية على أن الأفاقه واليقظة ليست من شرائط

(١) ينظر: المغنى لابن قدامة ج١/ص٤١١، ٤١٢ ط دار الكتاب العربي بيروت.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ج٢/ص٨١ وقال بن حزم روي عن عمار بن ياسر وعطاء ومجاهد وإبراهيم وحمد بن أبي سليمان وقادة أن للمغنى عليه يقضى (ينظر المحلى لابن حزم ج٢/ص٢٣٢ ط دار الأفاق الجديدة بيروت).

الوجوب، وعلى هذا يجب الصيام على المغمى عليه لكن أصل الوجوب الأداء بناء على أن عندهم الوجوب نوعان: أحدهما: أصل الوجوب، وهو اشتغال الذمة بالواجب، وأنه ثبت بالأسباب لا بالخطاب، ولا تشتط القدرة لثبوته بل ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى.

والثاني: وجوب الأداء وهو إسقاط ما فى الذمة وتفرغها من الواجب وأنه ثبت بالخطاب، وتشتط له القدرة على فهم الخطاب، وعلى أداء ما تتولاه الخطاب، لأن الخطاب لا يتوجه إلى العاجز عن فهم الخطاب، وعلى عن العاجز عن فعل ما تتولاه الخطاب، والمغمى عليه عاجز عن استعمال عقله فى فهم الخطاب وعن أداء ما تتولاه الخطاب، فلا يثبت وجوب الأداء فى حقه، ويثبت أصل الوجوب فى حقه، لأنه لا يعتمد القدرة بل يثبت جبرا وقال أهل التحقيق من مشايخ الحنفية: إن الوجوب فى الحقيقة نوع واحد وجوب الأداء، فكل من كان من أهل الأداء كل من أهل الوجوب ومن فلا، ولأن الوجوب المعقول هو وجوب الفعل فمن لم يكن من أهل أداء الفعل الواجب، وهو القادر على فهم الخطاب والقادر على فهم ما يتولاه الخطاب لا يكون من أهل الوجوب ضرورة، والمغمى عليه عاجز عن فهم الخطاب بالصوم وعن أدائه، إذ الصوم الشرعى هو الإمساك لله تعالى، ولن يكون ذلك بدون النية، والمغمى عليه ليس من أهل النية فلم يكن من أهل الأداء فلم يكن من أهل الوجوب ... والذى دعا علما المشايخ إلى القول

بالوجوب في حق المغنى عليه ما انعقد الإجماع عليه من وجوب القضاء في حقه بعد الأفاقة بعد مضي الشهر أو كله^(١).

وقال المالكية:

لا يصح صوم المغنى عليه مطلقاً، ويجب عليه القضاء إن بقى مغنى عليه يوماً فأكثر، فإن أغمى عليه يسيراً كنصف اليوم فأقل بعد التحريم لم يقض، وإن أغمى عليه ليلاً، فأفاق بعد طلوع الفجر فعليه قضاء الصوم لفوات محل النية وهو ليس بعقل^(٢).

وقال الشافعية:

يجب قضاء ما فات بالإغماء، وجاء في نهاية المحتاج إن الإغماء لا يضر إذا آفاق لحظة في نهاره أى لحظة كانت اكتفاءً بالنية مع الأفاقة في جزء، لأنه في الاستيلاء على العقل فوق النوم ودون الجنون^(٣).

وقال الحنابلة:

لا يصح الصوم من المغنى عليه، وجاء في المغنى لابن قدامة: من أغمى عليه جميع النهار، فلم يفق في شئ منه لم يصح صومه ودليلهم: أن الصوم هو الإمساك مع النية، فإن كان مغنى عليه فلا يضاف الإمساك إليه فلم يجزئه، لأن النية أحد ركني الصوم فلا تجزئ وحدها كالإمساك وحده^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع جـ ٢/ ص ١٠٠٢، ١٠٠٣.

(٢) ينظر: منح الجليل على مختصر خليل جـ ١/ ص ٣٩٦.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج شرح المنهاج جـ ٣/ ص ١٧٦.

(٤) ينظر: للمغنى لابن قدامة جـ ٣/ ص ١١٥.

ومن خلال ما ورد عن لفقهاء نستطيع أن نقول: إن الإغماء يوجب القضاء بالاتفاق ويصح صوم المغمى عليه عند الشافعية والحنابلة إن آفاق لحظة من النهار فإن أطبق الإغماء جميع النهار لم يصح الصوم، ويصح صوم المغمى عليه مطلقاً عند الحنفية، ولا يصح صومه عند المالكية إلا إذا أغمى عليه يسيراً كنصف اليوم فأقل.

ولم يخالف في ذلك إلا الأمام الحسن البصري - رحمه الله - حيث ذهب إلى القوم بعدم وجوب القضاء على المغمى عليه. ودليله:

أن سبب وجوب الأداء لم يتحقق في حق المغمى عليه لزواله بالإغماء ووجوب القضاء يثبت عليه. وقد رد الحنفية على ما ذهب إليه الحسن البصري فقالوا: إن الإغماء عذر في تأخير الصوم إلى زواله لا في إسقاطه، لأن سقوطه بزوال الأهلية أو الحرج، ولا تزول الأهلية به، ولا يتحقق الحرج به أيضاً، لأنه إنما يتحقق فيما يكثر وجوده، وامتداده في حق الصوم نادر، لأنه مائع من الأكل والشرب، وحياة الإنسان شهراً بدونهما لا تتحقق إلا نادراً فلا يصلح لبناء الحكم عليه، بخلاف الإغماء في الصلاة فإن امتداده فيها غير نادر فيوجب حرجاً فيجب اعتباره، لأن الأحكام تبنى على ما عم وغلب لا على ما شذ ونذر^(١).

(١) ينظر: عوارض الأهلية. أ.د/ صبرى معارك ص ٢٢٨، ٢٢٩.

الإغماء والاعتكاف

قال الحنفية: يبطل الاعتكاف إذا أغشى على المتعكف أياماً، ويقضيه في الإغماء دون الجنون^(١).

قال المالكية: إن مرض المتعكف مرضاً يمنع من المكث في المسجد أو من الصوم دون المكث في المسجد أو جن أو أغشى عليه خرج إلى بيته^(٢).

وقال الشافعية: ولا يصح اعتكاف المغشى عليه في الابتداء، أما لو طرأ عليه في أثناء اعتكافه فإنه لا يبطل، وحسب زمنه من اعتكافه^(٣).

وقال الحنابلة: لا يبطل الاعتكاف بالإغماء كما لا يبطل بالنوم بجامع بقاء التكليف^(٤).

الإغماء والزكاة:

قال الأحناف: لا تجب الزكاة على المغشى عليه لو استمر الإغماء الحول أو أكثر لأنه غير مخاطب وقت الإغماء^(٥)، وذهب جمهور العلماء إلى أن الإغماء لا يؤدي إلى سقوط الزكاة حتى لو كان ممتداً بأن استغرق الحول أو أكثره، لأن امتداده في الزكاة أمر نادر فلا يبنى عليه السقوط، لأن الأحكام تبنى على ما عم وغلب دون ما شذ ونذر^(٦).

(١) ينظر: رد المختار على الدر المختار جـ ٢/ ص ١٣٦.

(٢) ينظر: للقولك النووي جـ ١/ ص ٣٧٤.

(٣) ينظر: مغني المحتاج شرح المنهاج جـ ١/ ص ١٩٦.

(٤) ينظر: للمغني لابن قدامة جـ ٣/ ص ١٩٦.

(٥) ينظر: فتح القدير جـ ١/ ص ٤٨١ ولللباب جـ ١/ ص ١٤٠.

(٦) ينظر: للتوضيح لمقن للتفيع جـ ٢/ ص ١٦٩.

الإغناء والحج:

لا يبطل الإحرام بالإغناء كالصوم وهذا باتفاق العلماء ولا يجوز الإحرام عن المغنى عليه عند الشافعية والمالكية والحنابلة^(١).

الإغناء والحلف:

اتفق العلماء على أنه لا تصح يمين للمغنى عليه، لأن من شروط صحة اليمين بالله تعالى أن يكون الحالف قاصداً إلى اليمين، والقصد بالنسبة للمغنى عليه غير متصور، لأن الإغناء يبطل الاختيار والإرادة، وذلك لانعدام التمييز في حالة الإغناء، فلا تصح عبارة المغنى عليه فيما يعتبر فيه القصد والاختيار حتى أن كلامه يصير بمنزلة الحان الطيور^(٢).

الإغناء والطلاق:

لا يصح طلاق المغنى عليه وهذا باتفاق العلماء، والدليل على ذلك قوله - ﷺ - "لا طلاق في إغلاق"^(٣).

وجه الدلالة:

هو أن المراد من الإغلاق كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعى والإغناء يتحقق به هذا ومن ثم لا يقع طلاق

(١) ينظر: فتح القدير ج٢/ ص ١٢٠ وما بعدها والمجموع ج٢/ ص ١٧-٢٥ والمغنى ج٣/ ص ٢١٨.

(٢) ينظر: حاشية الأزميرى على مرآة الأصول ج٢/ ص ٤٤٠ وكشف الأسرار عن أصول البزدوى ج٤/ ص ٢٧٨.

(٣) رواه الأمام أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة ينظر: نيل الأوطار ج٦/ ص ٢٣٥ ونصب للراية ج٣/ ص ٢٢٣.

عليه كما أن الطلاق تصرف يحتاج إلى إدراك كامل وعقل وافر وهذا لا يتوافر في حق المغمى عليه^(١).

الإغماء والرجعة:

قال الأحناف تصح الرجعة من المغمى عليه قياساً على المجنون الذي يتولى عنه وليه حتى لا يفوت حقه بإيقضاء العدة^(٢).

وقال الجمهور لا تصح الرجعة من المغمى عليه لأن من شروط صحة الرجعة عندهم أن يكون المرتجع أهلاً للزواج بنفسه وذلك بأن يكون عاقلاً مختاراً وهذا غير متحقق مع الإغماء، لأن الإغماء ينافي الاختيار^(٣) والرأي الأرجح في نظرنا هو رأي الجمهور لقوة أدلته من ناحية العقل.

الإغماء والظهار:

لا يصح ظهار المغمى عليه لأنه يترتب عليه التحريم، وهو ليس من أهل خطاب التحريم وهذا باتفاق العلماء^(٤).

(١) ينظر: فتح القدير ج٣/ ص٢١، وبدائع الصنائع ج٣/ ص٩٩، بداية المجتهد ج٢/ ص٨١، والشرح الصغير ج٢/ ص٥٢٦ ومغنى المحتاج ج٣/ ص٢٧٩ وكشاف القناع ج٥/ ص٢٦٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ج٣/ ص١٨٣.

(٣) ينظر: مغنى المحتاج ج٣/ ص٢٧١ والمهذب ج٢/ ص١٠٢ وكشاف القناع ج٥/ ص٣٩٢.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ج٣/ ص٢٣٠، الشرح الصغير ج٢/ ص٦٣٧ والمغنى ج٢/ ص٣٣٨، المهذب ج٢/ ص١١٨.

الإغماء والإيلاء:

لا يصح إيلاء المغمى عليه عند جمهور العلماء لأنه لا يمكنه الجماع في فترة الإغماء فلا يملك الإيلاء^(١).

تنبيه:

مما يجدر الإشارة إليه هنا أن الفقهاء قد اجمعوا على أن كل ما كان من الأقوال يبني على الإرادة والاختيار فلا يصح من المغمى عليه، وذلك قياساً على النائم^(٢) فلم يعتبر، ببيعته وشرائه وعتقه وهبته وزواجه، وأعارته، ووكلته، وكفأته، وحوالته، ورهنه وخلعه، ولعانه^(٣) ووصيته^(٤)، ووقفه، وإيسرؤه.

وغيرها مما يبني على القصد والاختيار والتمييز ومما يدل على هذا الإجماع ما ورد عن الفقهاء من أنهم أحياناً يذكرون بيع النائم ويلحقون به بيع المغمى عليه، وأحياناً يذكرون

(١) ينظر: بدائع الصنائع ج٣/ ص ١٧١، المهذب ج٢/ ص ١٠٥، والمغنى ج٧/ ص ٢٩٨.

(٢) وجه القياس: أن كلا منهما من عوارض الأهلية يفوت به الاختيار والقوة والإغماء أشد في العارضية من النوم لأن للنوم فترة أصلية أي طبيعة بحيث لا يخلو الإنسان عنه في حالة صحته فمن هذه الوجه يختل كونه عارضاً وإن تحققت العارضية فيه باعتبار أنه زائد على معنى الإنسانية، وهو لا يزول أصل القوى وإن أوجب العجز عن استعمالها، ويمكن إزالته بالتنبيه، أما الإغماء فهو عارض من كل وجه لأن الإنسان قد يخلو عنه مدة حياته فكان أقوى من النوم في العارضية كما أنه ينفق القوة أصلاً، لأن حقيقته مرض يزول للقوى، ولهذا لا يمكن إزالته بفعل أحد بخلاف النوم، لأنه عجز عن استعمال القوى مع وجودها ولهذا يزول بالتنبيه (ينظر: كشف الأسرار ج٤/ ص ٢٨٠) بدائع الصنائع ج٣/ ص ٢٣٠ والشرح الصغير ج٢/ ص ٢٣٧ والمغنى ج٧/ ص ٣٣٨ والمهذب ج٢/ ص ٢١٨.

(٣) ينظر: المجموع شرح للمهذب ج٢/ ص ١١٨ مطبعة دار الفكر بيروت.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ج٧/ ص ٢٣٤، بداية المجتهد ج٢/ ص ٣٢٨.

بيع المغمى عليه ويلحقون به بيع النائم وهذا هو ما يستفاد من كلامهم - كما نبهنا إلى ذلك فيما سبق -.

فقال الإمام الدردير في شروط صحة البيع:
وشروط صحة عقد عاقده (أى البيع) تمييز بأن يكون إذا
تكلم بشئ من مقاصد العقلاء فهمه، واحسن الجواب عنه، فلا
ينعقد من غير مميز لصغر أو إغماء أو جنون ولو من
أحدهما^(١).

وقال الأمام النووي: في حديثه عن يصح بيعه، وأما
المجنون فلا يصح بيعه وكذا المغمى عليه^(٢).

وذكر الأمام السيوطى - رحمه الله تعالى - فى الأشباه
والنظائر ما يشترك بينهما فقال إن ما يشتركون فيه عدم صحة
مباشرة العبادة والبيع والشراء وجميع التصرفات من العقود،
والفسوخ كالطلاق والعتق وفى غرامة المتلفات وارش
الجنائيات^(٣).

الإغماء والإقرار بالزنا أو السرقة أو الشرب أو غيرها:

اشتراط الفقهاء لصحة الإقرار بالزنا أو السرقة أو الشرب
أو غيرها الصحو فى الإقرار فلو أقر الشخص وهو مغمى عليه
أو سكران لا يصح إقراره^(٤) فلا يقلم عليه الحد، لأن الإغماء
شبهة يندرج بها الحد.

(١) ينظر: الشرح الكبير ج٣/ ص٥٥٦ بيروت والخرشى على مختصر خليل
ج٥/ ص٨.

(٢) ينظر: المجموع شرح المذهب ج٢/ ص١١٨ بيروت دار الفكر بيروت.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢١٥.

(٤) ينظر: الفقه الإسلامى وأدلته للكتور/ وهبه الزحيلي ج٦/ ص٥٥.

الإغضاء وضمنان المتلفات:

يؤاخذ المغمى عليه بأفعاله من حيث الضمان المالى فى حقوق العباد فلو انقلب المغمى عليه على مال للغير فأتلفه وجب عليه الضمان وذلك صيانة لحقوق العباد^(١).

الإغضاء والقصاص:

لو انقلب المغمى عليه على إنسان فقتله فلا قصاص عليه عند جمهور الفقهاء، لأنه يشترط فى القاتل الذى يقتص منه شروط منها: أن يكون القاتل مكلفاً (أى بالغاً عاقلاً) فلا قصاص ولا حد على الصبى أو المجنون، لأن القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة، ولأنها لا تجب إلا بالجناية، وفعلهما لا يوصف بالجناية، ومثلهما زائل العقل بسبب عذر فيه كالنائم والمغمى عليه ونحوهما، ولأن هؤلاء ليس لهم قصد صحيح واختيار وإرادة متما تبنى عليه العقوبة البدنية^(٢).

ويعتبر فعله هذا فى حكم القتل الخطأ وهو قاتل خطأ،

ومن ثم تجب عليه الدية فى مال عاقلة إن كانت له عاقلة وإلا فالدية فى ماله، كما تجب عليه الكفارة.

وإذا وقع المغمى عليه على والده فقتله:

فذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه يحرم من الميراث وهذا على الراجح عندهم. والسبب فى

(١) ينظر: مواضع الأهلية عند الأصوليين أ.د/ محمد صبرى محمد عبد الله معارك ص ٢٣٠.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ج ٧/ ص ٢٣٤، والشرح الكبير ج ٤/ ص ٢٤٢ وبدلية المجتهد ج ٢/ ص ٣٨٢، والمغنى ج ٣/ ص ٦١.

حرماته من الميراث: أن سقوطه على والده كان سبباً في موته ومباشرة جسمه إياه بمنزلة قتله، فيحرم كما لو كان مستيقظاً وجاء في المبسوط للرخسى: أن القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئاً سواء قتله عمداً، أو خطأ، وكذا كل قاتل هو في معنى الخاطئ كالنائم أو المغمى عليه إذا انقلب على مورثه، لقوم أنه كان يتاوم وقد قصد استعجال الميراث^(١).

ولا يعتبر فعله هذا في جانب الإثم لعدم تحقق القصد منه ولأن المaulخذة تستلزم اليقظة وهي منعمة في المغمى عليه^(٢).

تتمه:

مما تجدر الإشارة إليه في هذا البحث أن الأحكام السابق ذكرها تتعلق بالإغماء الذي ليس للمغمى عليه إرادة واختيار فيه، أما إذا حصل الإغماء بإرادته كمن يغمى عليه تحت تناول مخدر أو دواء فإنه محل خلاف بين العلماء حيث ذهب البعض إلى أنه لا يوجب سقوط العبادات عن المغمى عليه وذهب البعض الآخر إلى أنه يؤدي إلى سقوط القضاء عن المغمى عليه^(٣).



(١) ينظر: المبسوط للرخسى جـ ٣٠/ ص ٤٧، والمغنى لابن قدامة جـ ٧/ ص ١٦٢ والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف جـ ٧/ ص ٣٦٨، وروضة الطالبين جـ ٢/ ص ٣١، وكشاف القناع جـ ٤/ ص ٤٩٢.

(٢) ينظر: تيسير التحرير جـ ٢/ ص ٢٦٥ وما بعدها، وقح الغفار بشرح المنار جـ ٣/ ص ٨٩ مرآة الأصول جـ ٣٢١.

(٣) ينظر: التقرير والتحرير جـ ٢/ ص ١٧٩، وتيسير التحرير جـ ٢/ ص ٦٧.

أهم مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير

(١) كلمات القرآن:

للشيخ حسنين مخلوف ط مصطفى الحلبي.

ثالثاً: كتب السنة

(٢) جامع الأصول:

لأبن الأثير الجزري ط السنة المحمدية.

(٣) سنن النسائي:

للإمام أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي المتوفى سنة

٣٠٢هـ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) سنن البيهقي الكبرى:

للإمام أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ ط

دار المعرفة بيروت.

(٥) سنن الدارقطني:

لعلي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ.

(٦) شرح الموطأ:

للإمام مالك ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

(٧) صحيح البخاري:

للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ط مطابع الشعب.

(٨) صحيح مسلم:

للإمام مسلم بن حجاج القشيري المتوفى سنة ٢٦١هـ ط

دار الفكر بيروت سنة ١٤٠١هـ.

(٩) مختصر سنن أبي داود:

للإمام عبد العظيم بن عبد القوى الشهير بالحافظ المنذر
المتوفى سنة ٦٥٦هـ ط مكتبة السنة المحمدية تحقيق
محمد الفقى.

(١٠) نيل الأوطار:

للإمام محمد بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ ط
وهو شرح كتاب منتقى الأخبار للإمام أبي البركات مجد
الدين بن عبد السلام الحاربي المعروف بابن تيمية ط دار
الفكر بيروت.

رابعاً: كتب الأصول

(١١) أصول السرخسى:

لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسى المتوفى سنة
٤٩٠هـ ط دار المعرفة بيروت.

(١٢) التقرير والتحبير على متن التحرير:

لأبن أمير الحاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ ط دار الكتب
العلمية بيروت، وط الأميرية سنة ١٣١٦هـ.

(١٣) التوضيح لمتن التنقيح:

للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المتوفى سنة
٧٤٧هـ ط صبيح.

(١٤) تيسير التحرير:

لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى شرح كتاب
مختصر التحرير لكمال الدين بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ط
مصطفى الحلبى.

(١٥) حاشية الأزميري على مرآة الأصول المسمى بمرآة الأصول:

للعلامة ملا خروط الأميرية ببولاق سنة ١٢٥٨هـ.

(١٦) حاشية الرهاوى:

للشيخ يحيى الرهاوى على شرح ابن ملك على نور الأنوار.

(١٧) شرح منار الأنوار:

للمولى عبد اللطيف الشهير بابن ملك ط العثمانية سنة ١٣١٦هـ.

(١٨) فتح القفار:

بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول المنار لابن نجيم الحنفى ط مصطفى الحلبي.

(١٩) كشف الأسرار عن أصول البزدوى:

للإمام علاء الدين بن عبد العزيز أحمد البخارى ط دار الكتاب العربى بيروت.

مراجع حديثة:

(٢٠) أصول الفقه للشيخ محمد أبى زهره.

(٢١) الإكراه وأثره على الأحكام الشرعية أ.د/ عبد الفتاح الشيخ

(٢٢) الأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم.

(٢٣) عوارض الأهلية عند الأصوليين أ.د/ صبرى محمد عبد الله معارك.

خامساً: كتب الفقه

(أ) الفقه الحنفي:

- (٢٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:
للفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي المتوفى
سنة ٥٨٧هـ ط بيروت لبنان.
- (٢٥) الدر المختار شرح تنوير الأبصار:
لمحمد علاء الدين الحصكفي وهو بأعلى حاشية رد
المختار لابن عابدين ط الحلبي.
- (٢٦) شرح فتح القدير:
للأمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن
الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ط الحلبي.
- (٢٧) المبسوط للسرخسي:
لشمس الدين أبي بكر محمد بن سهل السرخسي المتوفى
سنة ٤٨٣هـ ط دار المعرفة بيروت.
- ب- الفقه المالكي:
(٢٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد:
لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى في سنة
٥٩٥هـ ط دار المعرفة بيروت.
- (٢٩) الشرح الصغير:
لأحمد بن محمد الدردير، وهو بهامش بلغة السالك ط دار
المعرفة بيروت لبنان.
- (٣٠) الشرح الكبير:
لأبي البركات أحمد الدردير، وهو بهامش حاشية الدسوقي
ط بيروت.

(٣١) شرح منح الجليل على مختصر خليل:

ط عيسى البابی الطبی وشركاه.

(٣٢) الفواكه الدواني:

شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوى ط مصطفى

الطبی الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

ج- الفقه الشافعي:

(٣٣) الأنباه والنظائر (وهو من كتب قواعد الفقه):

للإمام جلال الدين السيوطي ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣٤) المجموع شرح المذهب:

للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة

٦٧٦هـ ط دار الفكر بيروت.

(٣٥) مقى المحتاج شرح المنهاج:

للشيخ محمد الشرييني الخطيب ط مصطفى الطبى

سنة ١٣٧٧هـ.

(٣٦) المذهب:

لأبى إسحاق إبراهيم بن على يوسف الفيروز آبادى

الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ط مصطفى الطبى.

د- الفقه الحنبلى:

(٣٧) الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف:

لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادوى

المتوفى سنة ٨٥٥هـ تحقيق محمد حماده الفقى ط دار

التراث العربى بيروت.

(٣٨) كشاف القناع عن متن الاقتناع:

لمنصور بن أنريس البهوتى ط عالم الكتب بيروت.

(٣٩) المقنى:

للإمام أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المتوفى سنة ٦٢٠هـ على مختصر أبى القاسم عمر بن الحسين
الخرقى ط بيروت.

هـ- الفقه الظاهري:

(٤٠) المحلى:

للإمام أبى محمد بن على أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى
سنة ٦٥٦هـ ط دار الفكر بيروت.

المراجع الحديثة

(٤١) الفقه الإسلامى وأدلته أ.د/ وهبه الزحيلي.

سادساً: كتب اللغة:

(٤٢) الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري ط الثالثة سنة
١٤٠٢هـ.

(٤٣) الفروق اللغوية لأبى هلال العسكري ط دار الكتب العلمية
بيروت.

(٤٤) القلموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز
آبادى ط دار المأمون بمصر.

(٤٥) المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للفيومى ط
المكتبة العلمية بيروت.

(٤٦) المعجم الوسيط إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة ط دار
المعارف ١٤٠٠هـ.

تمت المراجع

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوعات
٢٨٩	المقدمة :
٢٩١	تعريف الأهلية :
	تقسيم الأهلية إلى :
٢٩٣	أهلية وجوب أهلية أداء
٢٩٣	أقسام أهلية الوجوب :
٢٩٨	أقسام أهلية الأداء :
٣٠٠	عوارض الأهلية :
٣٠٠	أقسامها :
٣٠٢	العوارض السماوية
٣٠٢	الجنون
٣٠٢	العتة
٣٠٣	النسيان
٣٠٣	النوم
٣٠٤	الإغماء
٣٠٤	الرق
٣٠٤	المرض
٣٠٥	الحيض والنفاس
٣٠٥	الموت
٣٠٦	العوارض المكتسبة
٣٠٦	الجهل
٣٠٧	السكبر
٣٠٨	السفه
٣٠٨	السفر
٣٠٨	الخطأ
٣٠٩	الإكراه

الصفحة	الموضوعات
٣١٠	الإغماء
٣١٠	تعريفه
٣١١	الفرق بينه وبين النوم
٣١١	أثره على الأهلية
٣١٣	أثره على الأحكام الشرعية
٣١٣	الإغماء والردة
٣١٤	الإغماء والوضوء
٣١٦	الإغماء والمسح
٣١٦	الإغماء والغسل
٣١٦	الإغماء والتيمم
٣١٦	الإغماء والأذان
٣١٧	الإغماء والصلاة
٣١٩	الإغماء والصوم
٣٢٣	الإغماء والاعتكاف
٣٢٣	الإغماء والزكاة
٣٢٤	الإغماء والحج
٣٢٤	الإغماء والحلف
٣٢٤	الإغماء والطلاق
٣٢٥	الإغماء والرجعة
٣٢٥	الإغماء والظهار
٣٢٦	الإغماء والإبلاء
٣٢٦	تشبيهه
	الإغماء والبيع والشراء والعتق والهبة والإعارة
	والوكالة والكفالة والرهن والحولة والوصية والوقف
٣٢٦	والإبراء
٣٢٧	الإغما والإقرار بالزنا أو السرقة أو للشرب أو غيرها
٣٢٨	الإغماء وضمان المتلفات
٣٢٨	الإغما والتقصاص
٣٣٠	أهم مراجع للبحث
٣٣٦	فهرس الموضوعات



كلية الشريعة والقانون بأسسيوط

الأمر عند الأصوليين



د. / ملخص محمد عبد الشافي محمود

مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بأسسيوط

١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

﴿ الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً ﴾ ﴿ فيما لينذر بأساً شديداً من لدنه ويبشر المؤمنين الذين يعملون الصالحات أن لهم أجراً حسناً ﴾ (١).
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله شهادة تبعدني عن الخطأ والزلل، وتقربني إلى الطاعة والمغفرة والرضوان.
وأصلي وأسلم على سيدنا محمد الذي لم ينطق إلا بالحكمة ولم يتكلم إلا بالتي هي أحسن، فكان قوله هدى ونوراً ﴿ وما ينطق عن الهوى ﴾ ﴿ إن هو إلا وحي يوحى ﴾ ﴿ علمه شديد القوى ﴾ (٢) هدانا الله به إلى الحق وإلى الطريق المستقيم، فصلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الرسول - ﷺ - يقول (العلماء ورثة الأنبياء وإن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر) (٣).

(١) سورة الكهف، الآيتين / ١، ٢.

(٢) سورة النجم، الآية / ٣، ٤، ٥.

(٣) رواه أبو داود وابن ماجه والدارمي عن رجل من أصحاب رسول الله - ﷺ - عندما جاء يطلب حديثاً من أبي الدرداء - سنن أبي داود - كتاب العلم- باب الحث على طلب العلم ج-٣ ص ٣١٧ سنن ابن ماجه - مقدمة- باب فضل العلماء والحث

فالتركة التي ورثها الرسول - ﷺ - للعلماء جديرة بالعناية والتعظيم، لأنها طريقة السيادة في الدنيا، والسعادة في الآخرة، وعلم أصول الفقه في الذروة منها، لأنه يسدّد الباحث في الوصول إلى أحكام الشريعة، ويعينه على الوصول إلى الحقيقة، فهو القانون العاصم بعد الله - الذي يعصم عن الخطأ في فهم مراد الشارع سبحانه وتعالى ويؤهله لحسن التلقّي عن الله سبحانه.

وهذا العلم من العلوم التي انفرد بها المسلمون، فلا تجد له مثيلاً عند أمم الأرض قاطبة لا في القديم ولا في الحديث. ومن أهم مباحث أصول الفقه: الأمر والنهي، فعليهما مدار الأحكام إذ الحكم التكليفي المصطلح عليه عند علماء الأصول هو: خطاب الله الطالب للفعل أو الترك، أو المخير بينهما، وطلب الفعل يعبر عنه بالأمر، وطلب الترك يعبر عنه بالنهي.

والأمر والنهي حق الله تعالى على جميع المكلفين، وحق الله تعالى لا خيرة فيه للمكلف.

فإذا وقع الأمر والنهي شرعاً لم يصح تخلفهما عقلاً، وإلا كان افتياتاً على الله تعالى، وإهداراً للشريعة بالكلية^(١).

يقول الإمام السرخسي: ومعظم الابتلاء بهما يعني بالأمر والنهي - وبمعرفة كليهما تتم معرفة الأحكام، ويتميز الحلال من الحرام^(٢).

على طلب العلم جـ ١ ص ٨١، سنن الدارمي - مقدمة - باب فضل العلم والعالم جـ ١ ص ٩٨.

(١) الموافقات في أصول الشريعة للإمام الشاطبي جـ ٢ ص ٣١٧ - ٣١٨، دار المعرفة بيروت - لبنان.

ويقول الإمام سراج الدين الهندي: تُقدم مباحث الأمر على سائر المباحث، لكونه أهم لأن معظم التكاليف ثبتت بالأمر، فهو أشرف إذ الإيمان والعبادات ثابتان به، والشرف من أسباب التقديم، أو لأن الوجوب أسبق من سائر الأحكام، إذ أول تكليف يتوجه إلى المكلف إذ الموجودات كلها وجدت بخطاب كن على ما هو المختار^(١).

ولهذه الأهمية، ولكون الأحكام الشرعية المبنية على طلب الفعل "الأمر" تشكل جزءاً كبيراً من شريعة الله تعالى الباقية إلى يوم القيامة، أمت بالكتابة مستعينا بالله في موضوع الأمر عند الأصوليين، تكلمت فيه عن الأمر وما يتعلق به من المسائل، وما ينبني عليه من الأحكام، وقد خططت لموضوعي هذا فجعلته في مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة.

المقدمة: في أهمية الموضوع وخطته.

الفصل الأول: في لفظ الأمر.

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: في أقوال العلماء فيما وضع له لفظ "أمر"

المبحث الثاني: في تعريف الأمر.

المبحث الثالث: هل يكون الأمر حقيقة في غير القول

الطالب للفعل؟

الفصل الثاني: في صيغة الأمر.

وفيه سبعة مباحث

(١) أصول السرخسي ج ١ ص ١١ - طبعة أولى سنة ١٩٩٣م دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان، التلويح على التوضيح ج ١ ص ١٤٩، مطبعة محمد علي صبيح.

(٢) الأوامر من شرح السراج الهندي على المغني في أصول الفقه للخبزاري ص ١٦،

رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٩٠م.

- المبحث الأول: فيما تستعمل فيه صيغة الأمر.
- المبحث الثاني: فيما يفيد صيغة الأمر حقيقة.
- المبحث الثالث: فيما يفيد الأمر بعد التحريم، وما يفيد النهي بعد الوجوب.
- المبحث الرابع: فيما يدل عليه الأمر المطلق من المرة أو التكرار.
- المبحث الخامس: فيما يفيد الأمر المعلق بشرط أو صفة.
- المبحث السادس: هل الأمر المطلق يفيد الفور أو التراخي؟
- المبحث السابع: الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده؟
- الفصل الثالث: في مباحث متعلقة بالأمر.
- وفيه أربعة مباحث:
- المبحث الأول: هل الأمر بالشئ أمر بذلك الشئ من الأمر الأول؟
- المبحث الثاني: هل الأمر بالماهية المطلقة أمر بجزئياتها؟
- المبحث الثالث: هل الأمران المتعاقبان للتأكيد؟
- المبحث الرابع: الإتيان بالأمور به هل يقتضى الإجزاء؟
- الخاتمة: في أهم نتائج البحث.

والله الموفق والمعين

دكتور

منتصر محمد عبد الشافي

الفصل الأول

لفظ الأمر

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

أقوال العلماء فيما وضع له لفظ "أمر"

لفظ أمر مكون من حروف ثلاثة هي الألف، والميم، والراء، وقد اختلف العلماء في منطوقه لغة على ثلاثة أقوال:

القول الأول للجمهور، وهو المختار للإمام البيضاوي: أن منطوق الأمر لغة: هو القول الطالب للفعل مطلقاً^(١)، سواء صدر هذا الأمر من الأعلى للأدنى، كأوامر الله تعالى ورسوله - ﷺ - ، وأوامر رئيس الدولة للرعية، فإن الله تعالى يعلو عن الخلق لأنه خالق، والرسول أعلى من أمته، ورئيس الدولة أعلى من الرعية ولهذا يقولون: الأمر الصادر من رئيس الدولة برقم كذا. أم كان صادراً من الأدنى إلى الأعلى، أم كان صادراً من المساوي. فكل هذا يسمى أمراً في اللغة، وإن خصص للعرف الأمر الصادر من الأدنى إلى الأعلى بالسؤال، والأمر للمساوي بالانتماس، فهذا اصطلاح عرفي، وكلامنا في مسمى

(١) المنهاج للإمام البيضاوي ج ٢ ص ٣، مطبعة محمد طي صبيح، البحر المحيط للزركشي ج ٢ ص ٣٤٧ - طبعة ثانية سنة ١٩٩٢م - دار الصفوة للطباعة والنشر بالقرنفة، تيسير التحرير لمحمد أمين ج ١ ص ٣٣٨ طبعة دار الفكر، إرشاد لفصول للشوكاني ص ٩٣ طبعة أولى مطبعة مصطفى الحلبي.

الأمر اللغوي، فإنه أمر على كل حال، لأن فقهاء اللغة لم يفرقوا في وضع لفظ الأمر على مسماه التي هي صيغة: افعل، بين صدره من الأعلى رتبة أو من الأدنى، أو من المساوي.

واستدلوا على ذلك:

بأن لفظ الأمر قيد استعمال في القول الطالب للفعل مع العلو ومع الاستعلاء، ومجرداً عنهما، والأصل في الاستعمال الحقيقة فكان لفظ الأمر حقيقة في الجميع.

فيثبات استعماله في العلو: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا﴾^(١)، وقول النبي - ﷺ - (مروا أو لايبكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر)^(٢).

وفي الآية أمر صادر من الله سبحانه وتعالى والعلو في ذلك ظاهر واضح، وهو أنه خالق لعباده، وفي الحديث، الأمر موجه من الرسول - ﷺ - لأمته، ولا شك أن الأنبياء أعلى رتبة ممن دونهم من الأمم، فالعلو محقق فيهما.

ومثال استعماله في الاستعلاء: أن يقول لمن هو أعلى منه في المرتبة "أمرتك بكذا".

ومثال استعماله مجرداً عن ذلك: قوله سبحانه وتعالى حكاية عن فرعون ﴿يُرِيدُ أَنْ يَخْرُجَكَ مِنْ أَرْضِكَ بِسِحْرِهِ فَمَاذَا تَأْمُرُونَ﴾^(٣).

(١) سورة طه، من الآية/ ١٣٢.

(٢) رواه الإمام أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. سنن أبي داود- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الغلام بالصلاة- ج ١ ص ١٣٣ طبع ونشر دار إحياء السنة النبوية.

فالأية سئت ما صدر من قوم فرعون لفرعون في معرض المشورة أمراً، مع أن قوم فرعون أقل رتبة من فرعون، وفي الوقت نفسه يبعد أن يظهرُوا الاستعلاء عليه في وقت المشورة، لأنه كان يستشيرهم حينما تحير في أمر سيدنا موسى - عليه السلام -.

فقد وجد الأمر هنا من غير علو ولا استعلاء، حيث أطلقت الآية الكريمة على قولهم أمراً من غير اشتراط علو ولا استعلاء، فدل على أنه حقيقة في القول المطلق^(١).

القول الثاني:

لأكثر المعتزلة وبعض الأشاعرة كابى إسحاق الشيرازى: أن مذلول الأمر لغة: هو القول الطالب للفعل بشرط صدوره ممن هو أعلى رتبة لمن هو دونه في الرتبة^(٢).
فإن صدر القول من الأدنى رتبة لمن هو أعلى منه أو صدر من المساوى لا يكون أمراً، بل إن صدر من الأدنى للأعلى فهو دعاء، وإن صدر من المساوى فهو التماس.

(١) سورة الشعراء، آية ٣٥.

(٢) نهاية السؤل ج ٢ ص ٨ - مطبعة محمد على صبيح- تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٨.

(٣) التلمع في أصول الفقه للشيرازى ص ٧ - مطبعة مصطفى الحلبي، للتبصرة في أصول الفقه للشيرازى ص ١٧ - طبعة سنة ١٩٨٠م دار الفكر دمشق، البحر المحيط ج ٢ ص ٣٤٧، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٨.

واستدلوا على ذلك:

بأن لفظ الأمر لو كان حقيقة في القول الطالب للفعل إذا صدر من الأدنى للأعلى لما نم أهل العرف من قال لمن هو أعلى رتبة "أمرتك بكذا" لكونه تكلم بلفظ مستعمل في معناه الذي وضع للفظ له، لكن أهل العرف يضمنون من قال هذا القول ويلمونه عليه، فلزم من ذلك أن يكون لفظ الأمر غير حقيقة في هذا القول، ولزم أن يكون العلو معتبراً في حقيقته، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم أن الأمر من الأدنى إلى الأعلى ليس أمراً، ولا يسمى بهذا، إنما هو أمر لأننا نعرف الأمر بمدلوله اللغوي مجراً من القرائن، والتضرع بالاتماس والدعاء ونحو ذلك، إنما فهم بالقرينة. وأما نم العقلاء للأدنى إذا صدر منه أمر لما هو أعلى منه إنما هو دليل لنا، لا علينا، لأن الذم مترتب على الأمر الذي فهموه من القول، لأنه في ذاته وبوضعه أمر والذم دليل على أنه حقيقة في القول، لأنه في ذاته وبوضعه أمر والذم دليل على أنه حقيقة في القول المطلق، فترتب الذم على أمر خارج من وضع الأمر ومدلوله، وهو طريقة الأمر وأدلوه فكان ينبغي أن يتلطف في قوله.

وبالإضافة إلى ذلك لو اشترط العلو في حقيقة الأمر لانتفى الأمر عند انتفائه، ضرورة أن المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه، لكن الأمر لم ينتف عند انتفاء العلو، فقد أطلق عمرو بن

العاص على مشورته ونصحه لأمير المؤمنين معاوية بن أبى سفيان، أمراً، مع أن عمراً من الرعية، فهو أدنى مرتبة من أمير المؤمنين، وذلك حين أشار عليه بقتل ابن هاشم فتركه معاوية وخرج عليه مرة أخرى فقال:

أمرتكم أمراً جازماً فعصيتنى وكان من التوفيق قتل ابن هاشم^(١)

القول الثالث:

لأبى الحسين البصرى، واختاره الأمدى وابن الحاجب والإمام الرازى: أن مدلول الأمر لغة: هو القول الطالب للفعل مع الاستعلاء^(٢).

والفرق بين العلو الذى اشترطه أكثر المعتزلة وبين الاستعلاء الذى اشترطه أبو الحسين البصرى ومن وافقه: أن العلو معناه أن الأمر أعلى رتبة من المأمور فى الواقع ونفس الأمر.

أما الاستعلاء فمعناه: أن الأمر فرض نفسه أعلى رتبة من المأمور، ولم يكن كذلك فى واقع الأمر، وقد يدرك ذلك من تعبيره وأدائه، بأن يكون بصوت مرتفع مع غلظة فيه.

(١) تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٣٨، شرح الجلال المطلى على جمع الجوامع جـ ١ ص ٤٦٦ دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) للمعتمد لأبى الحسين البصرى جـ ١ ص ٤٣ طبعة أولى سنة ١٩٨٣م- دار الكتب العلمية بيروت، الأحكام للأمدى جـ ٢ ص ١٣٠ طبعة سنة ١٩٦٧م دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٧٧- مطبعة المجالة الجديدة بالقاهرة، المحصول للإمام الرازى جـ ١ ص ١٩٠ طبعة أولى سنة ١٩٨٨م دار الكتب العلمية بيروت.

ومما تقدم يظهر لنا: أن العلو هيئة ترجع إلى الأمر أى للشخص المتكلم، أما الاستعلاء: فإنه هيئة ترجع إلى الكلام والنطق به^(١).

واستدل أبو الحسين البصرى ومن وافقه: بأن الأمر إذا صدر مع الخضوع والتذلل لا يعتبر قائله أمراً بخلاف ما إذا صدر من المستعلى فإنه يسمى أمراً، ولذلك يذمون من صدر منه الأمر مع الاستعلاء دون من صدر منه الأمر مع التذلل والخضوع، فكان الاستعلاء شرطاً فى الأمر، وهو المطلوب والمدعى^(٢).

وقد نوقش هذا بما نوقش به دليل المعتزلة السابق، فلا داعى لتكراره.

والقول الراجح هو قول الجمهور: من أن الأمر القول الطالب للفعل مطلقاً، من غير اشتراط العلو ولا الاستعلاء، لأن البحث فى لفظ الأمر المكون من حروفه الثلاثة: أ- م- ر. من حيث دلالاته اللغوية وذلك بقطع النظر عن القرائن، أى لفظ الأمر مجرداً عن أى قرينة تبين جهة صدور هذا الأمر من الأعلى إلى الأدنى أو تعيين حال الآخر، يؤيد ذلك قول ابن السبكي فى جمع الجوامع: لا يعتبر فى مسمى الأمر علو ولا استعلاء^(٣).

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٨.

(٢) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٧٧.

(٣) شرح الجلال على جمع الجوامع جـ ١ ص ٤٦٦.

المبحث الثاني

تعريف الأمر

اختلف علماء الأصول في تعريف الأمر الاصطلاحي لاختلافات كثيرة تقتصر على بعضها:
 أولاً عرفه الإمام البضاوى وأكثر العلماء بأنه: القول الطالب للفعل^(١).

شرح التعريف:

فالقول: هو اللفظ المستعمل فيصدق على المفرد والمركب، وهو أخص من اللفظ: لأن اللفظ يشمل الممهل والمستعمل، والقول أخص منه، وهو جنس في التعريف يشمل القول الطالب للفعل مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل ﴾^(٢)، ويشمل القول الطالب للترك مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾^(٣)، ويشمل الخير مثل قول القائل: أنا طالب منك كذا، لأن كل هذا مندرج تحت القول، هو مخرج للفظ الممهل، والطالب بالإشارة أو القرائن المفهمة، فإن ذلك كله لا يسمى أمراً.

(١) متن المنهاج مع نهاية السؤل ج ٢ ص ٣.

(٢) سورة الإسراء، من الآية/ ٧٨.

(٣) سورة الإسراء، من الآية/ ٣٣.

الطالب:

صفة للقول وإسناد الطلب إليه مجازاً، علاقته السببية، لأن الطالب حقيقة هو المتكلم، لا القول، فإطلاق الطلب عليه مجاز مرسل، لأن الطالب وهو الفاعل إنما يطلب بالقول فالقول سبب، وهو قيد أول خرج به الخبر، فليس أمراً، كما خرج به الأمر النفساني فهو طلب.

للفعل:

قيد ثان خرج به النهي، فإنه قول طالب للترك، والمراد بالفعل ما قابل الكف والترك، فإن الكف وإن كان فعلاً، لكنه فعل الضد، وهو الترك. ولهذا قيده ابن الحاجب بقوله، غير كف فقال: طالب فعل غير كف، ليخرج النهي^(١).

ثانياً: عرفه القاضى أبو بكر الباقلانى وإمام الحرمين والغزالي، بأنه: القول المقتضى طاعة المأمور بفعل المأمور به^(٢). وهذا التعريف راعى فيه أصحابه لازم الأمر.

شرح التعريف:

فالقول: جنس فى التعريف يشمل الأمر وغيره.

المقتضى: قيد أول خرج به الأنواع الأخرى للكلام غير الأمر، فإن الأمر مقتضى بنفسه.

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٧.

(٢) للبرهان فى أصول الفقة جـ ١ ص ١٥١، طبعة دار الوفاء بالمنصورة سنة ١٩٩٢م، المستصفا للإمام الغزالي جـ ١ ص ٤١١ طبعة دار الكتب العلمية بيروت - ط ثانية، وفتح الرحمن شرح مسلم القشوت مع المستصفا جـ ١ ص ٣٧٠، إرشاد الفحول ص ٩٢.

طاعة المأمور: قيد ثان خرج به الدعاء والسؤال ونحوهما مما لا يقتضى طاعة المأمور بالقول^(١).

اعترض على هذا التعريف:

بأنه يلزم منه الدور، وهو توقف معرفة الأمر على المأمور والمأمور به، وهما متوقفان فى معرفتهما على الأمر، فتوقف كل طرف على الآخر، فبطل التعريف.

وبيان ذلك من وجهين:

الوجه الأول:

أن المأمور والمأمور به مشتقان من الأمر فتوقف معرفتهما عليه، ضرورة أن معرفة المشتق متوقفة على معرفة المشتق منه، وهو أن الأمر توقف فى معرفته عليهما.

الوجه الثانى:

أن الطاعة قد أخذت فى التعريف، وهى موافقة الأمر، وإذا كانت الطاعة هى الموافقة للأمر فتوقفت معرفتها عليه، ضرورة أن المضاف تتوقف معرفته على معرفة المضاف إليه، وهنا المضاف إليه هو الأمر وجاء فى التعريف: أن معرفته متوقفة على معرفة الطاعة، فلهذين الوجهين كان للتعريف به دوراً فيكون باطلاً^(٢).

(١) تيسير التحرير ج١ ص ٣٣٨، البرهان لإمام الحرمين ج١ ص ١٥١.

(٢) شرح العبد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٧٧، تيسير التحرير ج١ ص ٣٣٨، فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت ج١ ص ٣٧٠.

وأجيب عن ذلك:

لا نسلم لزوم الدور؛ لأن لزوم ذلك إنما يتوقف على معرفة حقيقة الأمر، وحقيقة المأمور به، والمأمور، فمعرفة حقيقة هذه الأمور الثلاثة هي المتوقعة على معرفة الأمر وما تعلق به من مأمور به، ومأمور وهو المكلف، وهي التي يلزم منها الدور.

أما المعرفة المتوقعة على الأمر فهي تمييز المأمور به والمأمور، وتصورهما بوجه ما، ضرورة أن معرفة الأمر من حيث هو أمر وكلام صادر من المتكلم فيفهم منه المخاطب وهو المأمور، والمأمور به وهو الفعل، فإن معرفة الأمر التي هي تصوره وحصوله في الذهن هي المتوقعة على هاتين المعرفتين، وهما: معرفة المأمور، والمأمور به. أما معرفة حقيقة الأمر مراعى فيها قيوده الخاصة به، فلا تتوقف على معرفة حقيقة المأمور الذي هو المكلف، والمأمور به الذي هو الفعل من حيث هو طاعة، فلا دور^(١).

ثالثاً: عرفه ابن الحاجب بأنه: اقتضاء فعل غير كف على سبيل الاستعلاء^(٢).

(١) شرح لعنيد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٧٧، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٨.

(٢) متن ابن الحاجب مع ترح العنيد ج ٢ ص ٧٧.

شرح التعريف:الاقتضاء:

معناه الطلب، وهو جنس في التعريف يشمل الأمر والنهي، لأنه الأمر طلب فعل، والنهي طلب كف عن الفعل، فكل منهما طلب.

غير كف:

قيد أول في التعريف خرج به النهي، فإنه طلب الكف.

على سبيل الاستعلاء:

قيد ثان في التعريف خرج به الالتماس فإنه طلب فعل على سبيل المساواة، ويخرج به الدعاء فإنه طلب الفعل من الأدنى للأعلى، فهو على سبيل التسفل^(١). ومعنى الاستعلاء: أى إرادته من الأمر، وإن لم يكن أعلى رتبة باعتبار الواقع ونفس الأمر، وإنما اعتبر نفسه عالياً بالتكلم بصوت مرتفع مع غلظة فيه.

اعتراض على هذا التعريف:

بأنه غير جامع وغير مانع، أما إنه غير مانع: لاندخاله في المعرف بالتعريف ما ليس منه، فإنه قد أخذ في التعريف لفظ "الاقتضاء" وهو الطلب. وأخذ فيه عبارة "غير كف" والطلب غير الكف يشمل لا يتركه ولا تنته فهذا نهى فيشملة التعريف لصدقه عليه، فإن لا تترك ولا تنته اقتضاء فعل غير كف لطلب

(١) شرح للعقد ج ٢ ص ٧٧، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٧.

الاستمرار على ما هو عليه في فعله، فالتعريف غير مانع لاندخاله في المعرف بالتعريف ما ليس منه فيكون باطلاً. وأما إنه غير جامع: فلخروج بعض أفراد المعرف عنه، فلا يشمل التعريف، مثل: اكفف، وذر، وأترك، فإن كل هذه أفعال، فإن الكف فعل على الصحيح وما مثله، لوجود الطلب في هذه الصورة ومع هذا لا يشمل التعريف، لأن الطلب فيها للكف عن الأفعال ولم يكن طالباً للفعل غير كف، فالتعريف غير مطرد وغير منعكس فيكون باطلاً.

وأجيب عن ذلك:

بأن المقصود بالتعريف هنا، الأمر النفس، فهو المعرف وحينئذ يكون لا تترك أي الأمر النفسي، ويكون المعنى أفعل ما يقتضيه الطلب النفسي القديم فهو أمر، وهو اقتضاء فعل غير كف.

أما زر، واكفف، فإن هذا نهى، لأن المعنى فيه ترك الفعل. واعتراضكم وارد على الأمر اللفظي وهو القول، فاطرد وانعكس فالتعريف جامع مانع فهو صحيح^(١).

(١) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٧.

مقارنة بين التعريفات الثلاثة (١)

التعريف الأول:

وهو الذى اختاره القاضى البيضاوى بأنه: القول الطالب للفعل، إنما هو تعريف للأمر اللفظى، وإن اختلفت المذاهب فى ضم قيود زائدة عليه من اشتراط كون الأمر صادراً من الأعلى إلى الأدنى، أو اشتراط إرادة الاستعلاء، فإن المعتزلة يشترطون ذلك وعندهم الأمر لفظى، أى صيغته لأنهم ينكرون الأمر النفسى، والحكم عندهم حادث لا قديم، لأنه عبارة عن التعلق الحادث بأفعال المكلفين، فالأمر يتعلق بالأفعال تعلقاً تنجيزياً حادثاً عند المعتزلة، أما البيضاوى الذى اختار أن الحكم قديم، وله تعلقان: أحدهما: معنوى وهو التعلق بالتنجيزى القديم.

وثانيهما: تعلق تنجيزى حادث: وهو عبارة عن ظهور الخطاب للمكلفين، فإنه اختار تعريف الأمر اللفظى، أى مسماه وهو الصيغة مراعيًا معناه اللغوى، لأن معنى الأمر فى اللغة صيغته، والغرض فى علم الأصول من الأمر: البحث فى الأمر، إنما هو معناه اللغوى لأن الأصولى إنما يبحث فى الأدلة السمعية وأحوال تلك الأدلة من عموم وخصوص، ليتوصل إلى استنباط الحكم من تلك الأدلة وإثباته فى المسألة المعينة، وهذا ما عليه علماء اللغة لأنهم استعملوا الأمر بصيغته فى الطلب الجازم،

(١) مباحث فى أصول الفقه لأستاذنا الدكتور/ رمضان عبد الوهيد عبد التواب ص ١٣٢- ١٣٣ طبعة سنة ١٩٧٩م دار الهدى بالقاهرة.

سواء أكان مع العلو أو مع إرادة الاستعلاء، أو بدونهما، وهذا اصطلاح لأهل العربية خاصة، فيجب المصير إليه.

التعريف الثاني:

وهو الذى اختاره القاضى وإمام الحرمين والغزالى بأنه: القول المقتضى طاعة المأمور بفعل المأمور به، فإنه وإن كان ظاهراً فى الأمر اللفظى لكنه تعريف له بلازمه، فليس تعريفاً للأمر، من حيث هو، أى مسماه وهى الصيغة مجردة عن القرائن، بل لابد من ملاحظة تعلقه بالمكلف وهو المأمور، وملاحظة تعلقه بفعله من حيث هو طاعة، فلا بد فيه من وجود القرائن الدالة على ذلك، فضلاً عن لزومه الدور، كما تقدم.

التعريف الثالث:

وهو الذى اختاره ابن الحاجب بأنه: اقتضاء فعل غير كف على سبيل الاستعلاء، فقد قال عنه بعض الشارحين - كسعد الدين التفتازانى وصاحب التيسير - بأنه تعريف الأمر النفسى^(١)، وحينئذ يكون استعماله فى القول مجازاً، لأن حقيقة الأمر هو الطلب القديم القائم بذاته تعالى، والقول دال عليه، وأيضاً يصدق على الإشارة الطالبة للفعل بأنه أمر مجازى، لأنها دالة على الطلب النفسى.

وعلى سبيل الاستعلاء، فهذا يدل على أن المراد من التعريف هو الأمر اللفظى، لأن الاستعلاء صفة للكلام، والتعبير

(١) حاشية السعد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٧٧، التيسير على التحرير ج ١ ص ٣٣٧.

والأداء، والصفة تقوم بالموصوف، والموصوف هو اللفظ فلا تتحقق تلك الصفة إلا في الأمر اللفظي، فيكون في التعريف تناقض بين أوله وآخره، اللهم إلا أن يجزم بأن الأمر في التعريف المراد به الأمر اللفظي، ولو على سبيل المجاز.

ومما تقدم يظهر لنا: أن الراجح من هذه التعريفات هو تعريف القاضى البيضاوى، بأن الأمر: هو القول الطالب للفعل مطلقاً مجرداً عن القرائن، وهو الأمر الذى اصطلح عليه أهل اللغة والذى يقتضيه المقام فى بحث دلالات الألفاظ من عموم وخصوص، وقطع وظن، وطلب وغيره، وهذا خاص بالأمر اللفظي.

ويؤيد ذلك قول الكمال بن الهمام: والأليق بالأصول تعريف الصيغى، لأن بحثه عن السمعية، وهو اصطلاحاً صيغته المعلومة، ولغة هى فى الطالب الجازم، أو اسمها مع الاستعلاء، بخلاف فعل الأمر فيصدق مع العلو وعدمه وعليه الأكثر^(١).

(١) التيسير على التحرير ج ١ ص ٣٣٧-٣٣٨.

المبحث الثالث

هل يكون الأمر حقيقة في غير القول الطالب للفعل؟

اتفق الأصوليون على أن استعمال الأمر في القول الطالب للفعل حقيقة.

ولكنهم اختلفوا في استعمال الأمر في غير القول الطالب للفعل كاستعماله في الشئ أو الصفة أو الفعل، هل يكون حقيقة كذلك أو يكون مجازاً على مذاهب أربعة:

المذهب الأول:

أن الأمر حقيقة في القول المخصوص مجاز فيما عداه كالفعل أو الشئ أو الصفة، وإلى هذا ذهب الجمهور، وهو المختار للقاضي البيضاوي.

المذهب الثاني:

أن الأمر مشترك بين القول المخصوص والفعل، وإلى هذا ذهب بعض الفقهاء.

والقاتلون بالاشتراك: بعضهم قال: إنه مشترك لفظي، لأن لفظ الأمر وضع للقول والفعل بوضعين مستقلين واستعمل فيهما. والبعض الآخر قال: إنه مشترك معنوي.

المذهب الثالث:

أن لفظ الأمر حقيقة في أحدها لا بعينه فيكون حقيقة في واحد غير معين شائع في القول والفعل على البدل.

المذهب الرابع:

أن الأمر مشترك بين خمسة أمور وهي: القول، والفعل، والصفة، والنسب، والشأن وإلى هذا ذهب أبو الحسين البصري^(١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:-

أولاً:

التبادر: فإنه يتبادر إلى الفهم عند إطلاق لفظ الأمر بأن المراد القول المخصوص دون الفعل، ويسبق هذا إلى الذهن، فكان حقيقة في القول دون الفعل، فلو لم يتبادر القول المعين لكونه حقيقة فيه لتبادر القول والفعل معاً ولم يسبق إلى الفهم واحد معين لكون لفظ الأمر مشتركاً فيهما، ولتبادرهما معاً ولو على سبيل الاحتمال، لكن تبادرهما معاً بطل، لسبق القول إلى الفهم من لفظ الأمر، فكان حقيقة فيه دون غيره^(٢).

ثانياً:

لو لم يكن الأمر حقيقة في القول للمخصوص مجازاً في الفعل، لكان مشتركاً بينهما، والاستراك خلاف الأصل، لأنه يؤدي إلى إخلال بفهم المعنى المراد من اللفظ، لاحتياج المشترك

(١) نهاية المول ج ٢ ص ٨، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٤، البحر المحيط ج ٢ ص ٣٤٣، شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٧٦، فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت ج ١ ص ٣٦٧.

(٢) فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت ج ١ ص ٣٦٧، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٥، شرح المعتمد ج ٢ ص ٧٦.

إلى قرينة تعين المعنى المراد فكان هذا مخرلاً بالفهم^(١)، لأن الأصل عدم القرينة.

نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم لكم أن الاشتراك خلاف الأصل، لأنه إنما يكون خلاف الأصل إذ لم يرد عند الإطلاق جميع أفراد المشترك، لكنها مرادة من اللفظ لكونه حقيقة في أفراد موضوعا لتلك الأفراد، فجميع أفراد المشترك محتملة عند عدم القرينة، سلمنا أن الاشتراك خلاف الأصل لاحتياجه إلى القرينة والأصل عدمها، فإنه معارض بالمجاز، لأنه محتاج إلى قرينة تعين المعنى المراد من اللفظ، وكونه مجازاً وهو خلاف الأصل أيضاً، وليس أحد الأمرين أولى من الآخر.

وأجيب عن ذلك :

بأن قياس المجاز على الاشتراك في كون كل منهما يحتاج إلى قرينة فيكونان خلاف الأصل قياس مع الفارق، لأن الاشتراك يحتاج إلى قرينة دائمة أبداً، تعين المراد منه، ويحتاج إلى قرينة في كل فرد من أفراد اللفظ، بخلاف المجاز فلا يحتاج إلى قرينة دائمة، إنما يحتاج إلى القرينة عند إطلاق اللفظ على المعنى المجازي، ولا يحتاج إلى قرينة في جميع الأفراد، إنما يحتاج إلى القرينة في المعنى المجازي فقط، وهو فرد استعمل فيه اللفظ على سبيل التجوز بالقرينة، أما في حالة عدم القرينة،

(١) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٥، الإحكام للأمدى ج ٢ ص ١٢١، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ٣٦٨.

أو في حالة عدم إرادة المعنى المجازي، انصرف اللفظ إلى الحقيقة واستعمل فيه من غير قرينة، لأنه الأصل، واستعمال اللفظ في حقيقته غالب وكثير^(١).

ثالثاً:

لو لم يكن الأمر مجازاً في الفعل لكان حقيقة فيه، ولو كان حقيقة لا تحد مع القول في الجمع، واتحادهما منتف، لأن جمع الأمر الذي هو حقيقة في القول أوامر، وجمع الأمر بمعنى الفعل أمور، فالجمعان مختلفان، فلا يكون لفظ الأمر حقيقة فيهما، بل هو حقيقة في القول مجاز في الفعل^(٢).

وأجيب عن ذلك:

بأنه لا مانع من جواز اختلاف الجمع للفظ الواحد إذا كان له معنيان، فيجوز أن يختلف جمعه باعتبار معنييه كما هنا، وأوامر ليست جمع أمر، إنما هو جمع إمرة، كضوارب جمع ضاربة^(٣).

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

بأن الأمر قد أطلق على القول كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٤) وقوله ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عُلِمَ مِنْهُمْ خَيْرٌ﴾^(٥)، كما أطلق على الفعل كقوله سبحانه وتعالى

(١) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٥، الإحكام للآمدي ج ٢ ص ١٢٢.

(٢) الإحكام للآمدي ج ٢ ص ١٢١، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٦.

(٣) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٣٦، الإحكام للآمدي ج ٢ ص ١٢٥.

(٤) سورة البقرة، من الآية/ ٤٣، وغيرها كثير.

(٥) سورة النور، من الآية/ ٣٣.

﴿ وما امرنا إلا واحدة كلمح بالبصر ﴾^(١) أى فعلنا. وقوله تعالى
﴿ وما أمر فرعون برشيده ﴾^(٢) أى فعله، والأصل فى الإطلاق
الحقيقة، فكان مشتركاً بينهما.
وأجيب عن ذلك:

بمنع الاشتراك، لأن الأصل عدمه، فلاشتراك خلاف
الأصل، وما ورد فى الآيات من لفظ الأمر فالمراد منها الشأن
وهو أعم من القول والفعل فهو إطلاق مجازى من باب إطلاق
الأخص الذى هو الأمر بمعنى القول لكونه حقيقة فيه على الأعم
وهو الشأن فإطلاق الخاص، وأراد العام فكان مجازاً^(٣).
واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن لفظ الأمر حقيقة فى أحدهما لا بعينه فيكون حقيقة فى
واحد غير معين شائع فى القول والفعل على البطل، وهذا الواحد
غير المعين كلى وأفراده القول والفعل.
وأجيب عن ذلك:

بأن الأمر حقيقة فى واحد معين وهو القول، أما القول
بأنه حقيقة فى واحد غير معين فهو باطل، لأنه يودى إلى إيهام
فى الحقائق لعدم تعيينها، فلا توجد حقيقة أبداً فى هذا المقام^(٤).

(١) سورة آل عمران، من الآية/ ١٥٩.

(٢) سورة القمر، الآية/ ٥٠.

(٣) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٨، الإحكام للامدى جـ ٢ ص ١٢٥ - ١٢٦.

(٤) تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٣٥.

واستدل أصحاب المذهب الرابع:

بأن لفظ الأمر إذا أطلق، ولم توجد قرينة تعين المراد منه، ترددنا بين القول، والفعل، والصفة، والشئ، والشأن، والتردد علامة الاشتراك. فكان لفظ الأمر مشتركاً بين هذه الأمور الخمسة^(١).

وأجيب عن ذلك:

لا نسلم لكم وجود التردد عند عدم القرينة، بل التردد معدوم، فعند إطلاق لفظ الأمر يتبادر إلى الذهن من اللفظ، أنه القول، فكان حقيقة فيه وحينئذ لا يوجد تردد مع التبادر^(٢). وبعد ذكر الأدلة ومناقشتها، يتبين لنا أن المذهب المختار هو مذهب الجمهور، القائل: بأن لفظ الأمر حقيقة في القول المخصوص مجاز فيما عداه، وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة من سواهم.

(١) المعتمد لأبي الحسين البصري ج ١ ص ٣٩ - ٤٠، الإحكام للأمدى ج ٢ ص ١٢١،

نهاية السؤل ج ٢ ص ٩.

(٢) الإحكام للأمدى ج ٢ ص ١٢١، نهاية السؤل ج ٢ ص ٩.

الفصل الثانى

صيغة الأمر

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول

فيما تستعمل فيه صيغة الأمر

قلنا فيما سبق إن لفظ الأمر حقيقة فى القول الطالب للفعل، والقول الطالب للفعل الذى وضع له لفظ الأمر هو صيغة 'افعل' مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ اركعوا واسجدوا ﴾^(١)، أو ما يقوم مقامها كالمضارع المقترن بلام الأمر مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً ﴾^(٢)، واسم الفعل كصه ونزال^(٣).

وقد اتفق الأصوليون: على أن صيغة الأمر تستعمل فى معان كثيرة، لكن لا تدل على واحد من هذه المعانى بعينه إلا بقرينة، وقد اختلف علماء الأصول فى عدد هذه المعانى فمنهم

(١) سورة الحج، من الآية/ ٧٧.

(٢) سورة النساء، الآية/ ٩.

(٣) نهاية المصول ج٢ ص ١٥، البحر المحيط ج٢ ص ٣٥٦، صورة الأمر وللنهي فى الذكر الحكيم للدكتور محمود توفيق سعد ص ١٦ وما بعدها - طبعة أولى سنة ١٩٩٣م - مطبعة الأمانة بالقاهرة.

من جعلها خمسة عشر معنى^(١)، ومنهم جعلها تستعمل في نيف وثلاثين معنى^(٢)، وسنقتصر على المعاني التي ذكرها القاضي للبيضاوي، وهي ستة عشر معنى كالآتي:

- ١- الإيجاب: كقوله سبحانه وتعالى ﴿ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾^(٣).
- ٢- النذب: كقوله سبحانه وتعالى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾^(٤)، وقوله ﴿ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾^(٥).
- ويدخل في النذب التأديب: كقوله - ﷺ - لعمر بن أبي سلمة، وكانت يده تطيش في الصفحة: (يا غلام سم الله كل بيمينك، وكل مما يليك)^(٦).

(١) المحصول للإمام الرازي ج١ ص ٢٠١، الإحكام للآمدي ج٢ ص ١٣٢.

(٢) البحر المحيط للزركشي ج٢ ص ٣٥٧.

(٣) سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.

(٤) سورة النور، من الآية/ ٣٣.

(٥) سورة البقرة، من الآية/ ١٩٥.

(٦) أخرجه الإمام البخاري، وابن ماجه، عن عمر بن أبي سلمة- فتح الباري بشرح صحيح البخاري- كتاب الأطعمة- باب للتسمية على الطعام والأكل باليمين رقم ٥٣٧٦ - ج٩ ص ٥٢١ - طبعة دار المعرفة بيروت، سنن ابن ماجه - كتاب الأطعمة- باب الأكل باليمين رقم ٣٢٦٧ - ج٢ ١٠٨٧ - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي- طبعة دار إحياء الكتب العربية لميسى الحلبي.

فأمر الصبي للتأديب، أما إذا كان الأمر بالأكل للبالغ العاقل فإن الأكل مما يليه مندوب، ومما يلي غيره فمكروه، ونص الإمام الشافعي على حرمة^(١)،^(٢).

وقد جعل ابن السبكي والزرخشى استعمال صيغة الأمر للتأديب، هو معنى من معانيها، وقسماً مستقلاً^(٣).

أما الإمام الرازي والآمدي والقاضي البيضاوي والإسنوي، فقد جعلوا التأديب مندرجاً في المندوب وقسماً منه^(٤)، فإن الأندب مندوب إليه. والفرق بين النذب والتأديب: أن النذب عام يتعلق بمحاسن الأخلاق وغيرها. أما التأديب فهو خاص بمحاسن الأخلاق^(٥).

٣- الإرشاد: مثل الأمر بكتابة الدين الوارد في قوله سبحانه وتعالى ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٦)، ومثل

(١) بالنسبة للعالم بالنهي عنه، وفي حالة اشتماله على الإيذاء- شرح الكوكب الساطع في نظم جمع الجوامع للشيخ جلال الدين السيوطي ص ٦١٩ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة للباحث محمود عبد الرحمن سنة ١٩٩٤م.

(٢) الأم للإمام الشافعي ج٢ ص ٢٩٢- طبعة دار المعرفة بيروت، الرسالة للإمام الشافعي ص ٣٥٠- تحقيق أحمد محمد شاكر طبعة ثانية ١٩٧٩م دار التراث القاهرة.

(٣) شرح الجلال المحلي مع حاشية العطار على جمع الجوامع ج١ ص ٤٧٠، البحر المحيط ج٢ ص ٣٥٧.

(٤) المحصول ج١ ص ٢٠١، الإحكام ج٢ ص ١٣٢، المنهاج ج٢ ص ١٣، نهاية السؤل ج٢ ص ١٥.

(٥) نهاية السؤل ج٢ ص ١٥، مناهج العقول ج٢ ص ١٣، البحر المحيط ج٢ ص ٣٥٧.

(٦) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

الأمر بالشهادة الوارد في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾^(١)، والفرق بين النذب والإرشاد:

أن مصلحة النذب أخروية، ومصلحة الإرشاد دنيوية، إذ الأمر بكتابة الدين ليس للوجوب، إنما هو للإرشاد إلى ما يحفظ الحق لصاحبه، وهذه منفعة دنيوية.

وأيضاً النذب فيه الثواب، والإرشاد لا ثواب فيه^(٢).

٤- الإباحة: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ وإذا حللتم فاصطابوا ﴾^(٣)، وقوله ﴿ كلوا من الطيبات ﴾^(٤).

فإن كلا من الاصطياد بعد التحلل، والأكل من الطيب مباحان.

٥- التهديد: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ اعلموا ما شئتم ﴾^(٥)، وقوله تعالى لإبليس ﴿ واستقرز من استطعت منهم بصوتك ﴾^(٦).

ومنه الإنذار: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل تمتعوا فإن مصيركم إلى النار ﴾^(٧)، وقوله ﴿ نرهم يأكلوا ويتمتعوا ويلههم الأمل ﴾^(٨). والفرق بين التهديد والإنذار:

(١) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

(٢) نهاية السؤل ج-٢ ص ١٥، البحر المحيط ج-٢ ص ٣٥٧.

(٣) سورة المائدة، من الآية/ ٢.

(٤) سورة المؤمنون، من الآية/ ٥١.

(٥) سورة فصلت، من الآية/ ٤٠.

(٦) سورة الإسراء، من الآية/ ٦٤.

(٧) سورة إبراهيم، من الآية/ ٣٠.

(٨) سورة الحجر، من الآية/ ٣.

أن التهديد هو الكلام المخيف، والإنذار هو إبلاغ ذلك الكلام المخيف^(١).

٦- الامتحان: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿كلوا من طيبات ما رزقناكم﴾^(٢)، وقوله ﴿وكلوا مما رزقكم الله﴾^(٣).

والفرق بين الإباحة والامتحان:

أن الامتحان إذن بالفعل مصحوباً بما يدل على الاحتياج إليه، أو بعدم القدرة عليه، بخلاف الإباحة فإنها إذن مجرد عن ذلك^(٤).

٧- الإكرام: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ادخلوها بسلام آمنين﴾^(٥)، فإن المقام مقام إكرام للمؤمنين، والذي دل على الإكرام قوله سبحانه وتعالى ﴿بسلام آمنين﴾ فإنها قرينة عليه.

٨- التسخير: كقوله سبحانه وتعالى ﴿كونوا قردة خاسئين﴾^(٦)، ومعنى التسخير في اللغة: التذليل والامتهان في العمل^(٧). قال

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ١٦، الإيهاج في شرح المنهاج ج٢ ص ١٧ مطبعة نفرتيتي بالقاهرة سنة ١٩٨١م.

(٢) سورة البقرة، من الآية/ ١٧٢.

(٣) سورة المائدة، من الآية/ ٨٨.

(٤) الإيهاج في شرح المنهاج ج٢ ص ١٨، نهاية السؤل ج٢ ص ١٦.

(٥) سورة الحجر، آية/ ٤٦.

(٦) سورة البقرة، من الآية/ ٦٥.

(٧) القاموس المحيط - فصل السين - باب للراء - مادة سخر ج٢ ص ٤٥ - طبعة المطبعة الأميرية - الطبعة الثالثة سنة ١٣٠١هـ، المصباح المنير - كتاب السين - مادة سخر ص ١٠٢، طبعة لبنان.

سبحانه وتعالى ﴿ سبحان الذي سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين ﴾^(١)، أى نلله لنا وما كنا بقادرين عليه^(٢).

٩- التعجيز: مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ فأتوا بسورة من مثله ﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿ فليأتوا بحديث مثله إن كانوا صادقين ﴾^(٤).

فإن الإتيان بمثل القرآن، أو بمثل بعضه غير ممكن وخارج عن قدرة البشر، فكان الأمر هنا للإعجاز، والقرينة هي التحدى^(٥).

١٠- الإهانة: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ نرى أنك العزيز الكريم ﴾^(٦).

١١- التسوية: بين الأمرين والشئيين مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ فاصبروا أو لا تصبروا سواء عليكم ﴾^(٧).

١٢- الدعاء: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فاتصبرنا على القوم الكافرين ﴾^(٨).

^(١) سورة الزخرف، من الآية/ ١٣.

^(٢) نهاية السؤل ج٢ ص ١٦، منهاج العقول ج٢ ص ١٤.

^(٣) سورة البقرة، من الآية/ ٢٣.

^(٤) سورة الطور، آية/ ٣٤.

^(٥) منهاج العقول للبخشي ج٢ ص ١٤.

^(٦) سورة الدخان، آية/ ٤٩.

^(٧) سورة الطور، من الآية/ ١٦.

^(٨) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٦.

١٣- التمنى: وهو طلب الشيء البعيد المستحيل حصوله مثل قول الشاعر:

ألا أيها الليل الطويل ألا انجلي

بصبح وما الاصبح منك بأمتل^(١).

وإنما كان الشاعر هذا متمنياً، لأن ليل المحب لطوله فكأنه

مستحيل الانجلاء^(٢).

١٤- الاحتقار: مثل قوله سبحانه وتعالى حكاية عن

موسى - عليه السلام - يخاطب السحرة ﴿ ألقوا ما أنتم ملقون ﴾^(٣).

يعنى أن السحر وإن عظم شأنه ففى مقابلة ما أتى به

موسى - عليه السلام - حقير^(٤).

والفرق بين الاحتقار والإهانة:

أن الإهانة إنما تكون بالقول أو الفعل أو بتركهما دون

مجرد الاعتقاد، والاحتقار إما مختص بمجرد الاعتقاد أو لا بد من

الاعتقاد، بدليل أن من اعتقد فى شئ أنه لا يعبأ به ولا يلتفت إليه

يقال: إنه احتقره، ولا يقال أهانه، ما لم يصدر منه قول أو فعل

ينبئ عن ذلك^(٥).

(١) هذا البيت للشاعر امرئ القيس من معلقته - ديوان امرئ القيس ص ١٨ - طبعة دار المعارف سنة ١٩٨٤م، شرح المعلقات السبع ص ١٠ للقاضى أبى عبد الله السحين - مكتبة القاهرة.

(٢) الإبهاج فى شرح المنهاج ج٢ ص ١٩، البحر المحيط ج٢ ص ٣٦١.

(٣) سورة الشعراء، من الآية/ ٤٣.

(٤) الإبهاج فى شرح المنهاج ج٢ ص ١٩، البحر المحيط ج٢ ص ٣٦١.

(٥) البحر المحيط ج٢ ص ٣٦٣، نهاية السؤل ج٢ ص ١٧.

١٥- التكوين: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾^(١).

والفرق بين التكوين والتسخير:

أن التكوين فيه سرعة الانتقال من العدم إلى الوجود، وليس فيه انتقال من حالة إلى حالة، بخلاف التسخير^(٢).

١٦- الخبر: مثل قول النبي - ﷺ - (إِذَا لَمْ تَسْتَخِرْ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ)^(٣) أى صنعت ما شئت.

وقيل المعنى إذا لم تستخ من شئ لكونه جائزاً فاصنعه، إذ الحرام يستحيا منه، بخلاف الجائز^(٤).

وقد يستعمل الخبر فى الأمر مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾^(٥) أى ليرضع الوالدات أولادهن، وهذا أبلغ من عكسه، لأن الناطق بالخبر مريداً به الأمر كأنه نزل المأمور به منزلة الواقع^(٦).
والعلاقة بين الخبر والأمر أن كلا منهما فيه وجود للفعل^(٧).

(١) سورة يس، الآية/ ٨٢.

(٢) نهاية السؤل ج٢ ص ١٦، الابتهاج ج٢ ص ١٨.

(٣) أخرجه الإمام البخارى وابن ماجه عن ابن مسعود.

فتح البارى بشرح صحيح البخارى - كتاب أحاديث الأنبياء باب ٥٤ حديث رقم ٣٤٨٤ ج٢ ص ٥١٥، كتاب الأدب - باب إذا لم تستخ فاصنع ما شئت حديث رقم ٦١٢٠ ج١٠ ص ٥٢٣، سنن ابن ماجه - كتاب الزهد- باب الحياء حديث رقم ٤١٨٣، ج٢ ص ١٤٠ - طبعة دار إحياء الكتب العربية لعمى الحلبي.

(٤) نهاية السؤل ج٢ ص ١٧، البحر المحيط ج٢ ص ٣٦٢.

(٥) سورة البقرة، من الآية/ ٢٣٣.

(٦) الإبتهاج ج٢ ص ٢٠، البحر المحيط ج٢ ص ٣٦٢.

(٧) نهاية السؤل ج٢ ص ١٧-١٨، مناهج العقول ج٢ ص ١٥.

المبحث الثاني

فيما تفيد صيغة الأمر حقيقة

اتفق علماء الأصول على أن صيغة "افعل" ليست حقيقة في جميع المعاني المتقدمة، لأن خصوصية التسخير، والتعجيز، والتسوية غير مستفادة من مجرد هذه الصيغة، بل إنما تفهم من تلك القرائن.

واختلفوا فيما إذا تجرأت الصيغة عن القرائن فهل تدل على الوجوب؟ أم على الندب؟ أم على الإباحة؟ خلاف بين العلماء في دلالة صيغة "افعل" على الوجوب حقيقة مجازاً فيما سواه، على مذاهب أهمها ما يأتي:-

المذهب الأول: أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب فقط واستعمالها فيما عداه يكون مجازاً، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين، وهو مذهب الإمام الشافعي واختاره ابن الحاجب والقاضي البيضاوي^(١). ثم اختلف أصحاب هذا المذهب في دلالة الصيغة على الوجوب هل هي بوضع اللغة أم بالشرع أم بالعقل؟ على أقوال.

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ١٩، للبرهان لإمام الحرمين ج١ ص ١٥٩-١٣٢، للبحر المحيط ج٢ ص ٣٦٥، شرح للعضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٨٠، الإحكام للأندى ج٢ ص ١٣٣، للتبصرة للشيرازي ص ٢٦، الإبهاج في شرح المنهاج ج٢ ص ٢٢، للمع للشيرازي ص ٧.

الأول: أن صيغة "افعل" تدل على الوجوب بوضع اللغة، حكاها في البرهان عن الإمام الشافعي، وصححه الشيخ أبو إسحاق^(١).
 ووجهة هذا القول: أنه قد ثبت في إطلاق أهل اللغة تسمية من قد خالف مطلق الأمر عاصياً وتوبيخه بالعصيان عند مجرد ذكر الأمر، واقتضى ذلك دلالة الأمر المطلق على الوجوب.
 وأيضاً أهل اللغة يحكمون باستحقاق مخالف أمر سيده بصيغة الأمر للعقاب، فكانت الصيغة دالة على الوجوب بوضع اللغة^(٢).

الثاني: أن صيغة "افعل" تدل على الوجوب شرعاً، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين والشيخ أبو حامد الأسفراييني، والشريف المرتضى^(٣).

ووجهة هذا القول: أن الشرع قد طلب الفعل مع المنع من الترك بهذه الصيغة ورتب على الترك عقاباً، وعلى الفعل ثواباً، فكانت دلالة صيغة الأمر على الوجوب شرعاً، لأن العقاب والثواب لا يعلمان إلا من الشرع^(٤).

الثالث: أن صيغة "افعل" تدل على الوجوب عقلاً، حكاها القيرواني في المستوعب^(٥).

(١) البرهان لإمام الحرمين ج ١ ص ١٦٢-١٦٣ فقرة ١٣٧، التمعن للشيرازي ص ٧.

(٢) البحر المحیط للزركشي ج ٢ ص ٣٦٦، شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣.

(٣) البرهان للإمام الحرمين ج ١ ص ١٦٣، فقرة ١٣٧، البحر المحیط ج ٢ ص ٣٦٧، شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣.

(٤) شرح الجلال على جمع الجوامع ج ١ ص ٤٧٤، شرح للزركب الساطع ص ٦٢٣.

(٥) نهاية السؤل ج ٢ ص ١٩، لبحر المحیط ج ٢ ص ٣٦٧.

ووجهة هذا القول: أن ما تنفيده صيغة الأمر لغة من الطلب يتعين عقلاً أن يكون الوجوب، لأن حملها على الندب يُصير المعنى افعَل إن شئت، فتكون الصيغة حقيقة للوجوب في اللغة والعلم بذلك طريقة العقل^(١).

المذهب الثاني: أن صيغة الأمر حقيقة في الندب مجاز فيما سواه، وإلى هذا ذهب عامة المعتزلة منهم أبو هاشم، وجماعة من الفقهاء، وهو أحد قولَي الإمام الشافعي^(٢).

ووجهة هذا المذهب: أن الندب متيقن لكونه أدنى درجات لطلب^(٣).

المذهب الثالث: أن صيغة الأمر حقيقة في الإباحة مجاز فيما سواه. ووجهة هذا المذهب: أن الإباحة الجواز فيها محقق والأصل عدم الطلب^(٤).

المذهب الرابع: أن صيغة الأمر حقيقة في القدر المشترك بين الوجوب والندب، وهو الطلب، لأن كلا من الوجوب والندب طلب، إلا أن الطلب في الوجوب يكون جازماً، وفي الندب يكون غير جازم، وإلى هذا ذهب أبو منصور الماتريدي^(٥).

(١) شرح الكوكب الساطع ص ٢٢٣، حاشية العطار على شرح الجلال على جمع الجوامع ج ١ ص ٤٧٤.

(٢) نهاية السؤل ج ٢ ص ١٩، للمستصفي للإمام الغزالي ج ١ ص ٤٢٦، الأحكام للأمدى ج ٢ ص ١٣٤، الإبهاج ج ٢ ص ٢٢، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٧٩، المحصول ج ١ ص ٢٠٤ للبحر المحيط ج ٢ ص ٣٦٧، شرح الكوكب الساطع ص ٢٢٣.

(٣) شرح الكوكب الساطع ص ٢٢٣، شرح الجلال على جمع الجوامع ج ١ ص ٤٧٥.

(٤) نهاية السؤل ج ٢ ص ١٩.

(٥) الإبهاج ج ٢ ص ٢٣، شرح الجلال على جمع الجوامع ج ١ ص ٤٧٥، البحر المحيط ج ٢ ص ٣٦٨.

المذهب الخامس: أن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والندب، بمعنى أنها وضعت لكل منها بوضع مستقل، فاستعمالها فيما عداهما يكون مجازاً.

المذهب السادس: أن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والندب والإباحة فاستعمالها في غير هذه الثلاثة مجاز.

المذهب السابع: أن صيغة الأمر مشترك معنوي بين الوجوب والندب والإباحة، فهي حقيقة في الجميع، ولكن لم توضع لكل واحد من الثلاثة استقلالاً، وإنما وضعت للقدر المشترك بينهما، وهو الإنزاع، حكاه ابن الحاجب^(١).

المذهب الثامن: أن صيغة الأمر مشتركة بين خمسة أمور، الوجوب والندب والإباحة، والإرشاد والتهديد.

وقيل: صيغة الأمر مشتركة بين الأحكام الخمسة، وهي: الوجوب والندب والتحرير والكره والإباحة.

ووجه دلالة الصيغة على التحريم والكره: أنها تستعمل في التهديد، وهو يستدعي ترك الفعل المهدد عليه، وهو إما محرم أو مكروه^(٢).

أما دلالة صيغة الأمر على الخمسة التي هي: الإيجاب والندب والإباحة والإرشاد والتهديد فظاهر وواضح، لأنها مستعملة في جميع هذه المعاني.

(١) شرح العبد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٨٠، نهاية السؤل ج ٢ ص ٢٠.

(٢) نهاية السؤل ج ٢ ص ١٩.

المذهب التاسع: أن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والندب والإباحة والتهديد وإلى هذا ذهب جمهور الشيعة^(١).

المذهب العاشر: التوقف في معنى الصيغة، وقد اختلف في تفسيره فمنهم من قال معناه: أن الصيغة موضوعة لولحد من اثنين فقط وهما: الوجوب والندب، ولكن لا يدرى عينه، ومنهم من قال معناه: لا ندرى ما وضعت له الصيغة، أهو الوجوب أو الندب أو الإباحة أو التهديد.....؟، وإلى هذا ذهب أبو الحسن الأشعري والقاضي أبو بكر الباقلاني^(٢).

(١) إرشاد الفحول ص ٩٤، تفسير التحرير ج ١ ص ٣٤٢.

(٢) نهاية السؤل ج ٢ ص ٢٠، الإحكام للأمدى ج ٢ ص ١٣٤، إرشاد الفحول ص ٩٤.

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً: أن السلف كانوا يستدلون بهذه الصيغة عند خلوها عن القرائن على الوجوب، وشاع ذلك وتكرر، ونقل عنهم من غير تكثير فكان ذلك إجماعاً منهم بوجوب القطع بأنها تدل على الوجوب عند عدم القرينة.

ثوقس هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول:

ان استدلال علماء السلف بالصيغ على الوجوب كان لقرينة تدل على الوجوب، أما عند عدم القرينة فهي للندب بدليل استدلالهم بها على الندب.

وأجيب عن هذا: بأن السلف كانوا يستعملون صيغة الأمر في الندب مجازاً لوجود القرينة الصارفة من الوجوب إلى الندب، وعلمنا ذلك بالتتابع والاستقراء وللصيغ الواردة في الكتاب والسنة، لأن الوجوب لا يحتاج إلى قرينة لتبادره إلى الأذهان.

الوجه الثاني:

سلمنا لكم صحة الدليل وهو استعمال السلف صيغة الأمر في الوجوب لكن هذا دليل ظني لأنه إجماع سكوتي، وهو مختلف في حجته، والدليل الظني لا يكفي في المسائل الأصولية.

وأجيب عن هذا:

بأننا سلمنا لكم أن هذا الدليل ظني، لكن لا نسلم لكم منع الاستدلال به في المسائل الأصولية فإنها يكتفى فيها بالظن، لأن أكثر دلالة الأدلة الشرعية على الأحكام ظنية، فإننا نأخذ بظواهر النصوص من الكتاب والسنة، ونستدل على الأحكام بظواهر النصوص والعمومات، فضلاً عن القطع بتبادر الوجوب من أوامر الشرع عند عدم القرينة ثابت ولا ينكره أحد^(١).
ثانياً: استدلووا بقوله سبحانه وتعالى ﴿ ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك ﴾^(٢).

وجه الاستدلال من الآية:

إن الله سبحانه وتعالى ذم إبليس على تركه السجود المأمور به في قوله سبحانه وتعالى ﴿ اسجدوا لآدم ﴾^(٣) بدليل قوله سبحانه وتعالى (إذ أمرتك).

وجه الذم:

أن قوله (ما منعك) استفهام إنكارى قصد به الذم والتوبيخ، وليس استفهاماً حقيقياً لأن الله تعالى عالم بالمانع الذي منع إبليس من السجود لآدم، فإنه سبحانه وتعالى عالم بكل شيء لا تحفى عليه خافية في السموات ولا في الأرض.

(١) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٤٢، فوائح الرحموت شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ٣٧٣، إرشاد الفحول ص ٩٤ - ٩٥.

(٢) سورة الأعراف، من الآية/ ١٢.

(٣) سورة الأعراف، من الآية/ ١١.

وإن لم يلبس على تركه السجود المأمور به يدل على أن السجود كان واجباً عليه وإلا لما استحق الذم، ضرورة أن الإنسان لا يذم على تركه لغير الواجب.

بالإضافة إلى أنه لو كان السجود غير واجب لاستطاع إبليس أن يقول لربه سبحانه وتعالى إنك لم توجب السجود عليّ فكيف تمنني عليه.

ولكنه أجاب عن قوله سبحانه وتعالى ﴿ ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك؟ قال أنا خير منه ﴾ (١).

وإذا كان السجود واجباً، والذي أفاد الوجوب هو صيغة الأمر، كانت الصيغة للوجوب، وهو المطلوب.

توقّش هذا الدليل:

بأنه يحتمل أن يكون الوجوب المستفاد من قوله سبحانه وتعالى: (اسجدوا) قد دلّت عليه القرينة ولم يحكمها القرآن، فيكون الوجوب مستفاداً من القرينة لا من الصيغة، وسواء كانت القرينة حالية أو مقالية، وعليه فلا يثبت المدعى.

وأجيب عن هذا:

بأن هذه المناقشة ساقطة، لأنها مجرد احتمال، فاحتمال قرينة لم يذكرها القرآن الكريم لا يقدر في صحة الدليل، فإن ظاهر صيغ الأمر للوجوب، ويؤيد ذلك تبادر الوجوب إلى الذهن من الصيغة، والاحتمال المذكور يحتاج إلى دليل ولا دليل يؤيده، والقول بغير دليل باطل، فهذا الاحتمال مردود غير مقبول (٢).

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٢٦، منهاج العقول ج٢ ص ٢١، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ج١ ص ٣٧٤، تيسير التحرير ج١ ص ٢٤٢ إرشاد الفحول ص ٩٥.
(٢) تيسير التحرير ج١ ص ٣٤٢، فواتح الرحموت ج١ ص ٣٧٤.

ثالثاً: استدلوا بقوله سبحانه وتعالى ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ ارْكَعُوا لَا يَرْكَعُونَ ﴾ ^(١).

وجه الاستدلال من الآية:

أن قوله سبحانه وتعالى (لايركعون) ليس المقصود منه الإخبار عن عدم ركوعهم وصلاتهم التي منها الركوع المذكور لأنها مشتملة عليه، وهو جزء من أجزائها، فإن ترك ذلك معلوم، وإنما المقصود منه الذم على ترك الصلاة المشتملة على الركوع والسجود وغيرهما. إذ العقاب لا يكون على ترك جزء من أجزاء الصلاة فقط، إنما هو على ترك الصلاة وهي واجبة، والذي دل على الوجوب صيغة الأمر في قوله سبحانه (اركعوا) من غير قرينة، وترتب الذم على ترك المأمور به في الآية، وهو الركوع يدل على أن صيغة الأمر مجردة عن القرينة دالة على الوجوب، والتارك للمأمور مخالف ولهذا استحق الذم والعقاب لتركه أمراً واجباً، إذ لا عقاب ولا نم إلا على ترك واجب ^(٢).

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم أن الذم على ترك المأمور به، وإنما الذم على تكذيبهم الرسل وعدم تصديقهم فيما جاءوا به عن الله بدليل قوله

(١) سورة المرسلات، آية/ ٤٨.

(٢) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٢٦، مناهج العقول جـ ٢ ص ٢١، الإبهاج جـ ٢ ص ٢٨، فواتح الحموت جـ ١ ص ٣٧٤، إرشاد الفحول ص ٩٥.

سبحانه وتعالى: ﴿وَيْلٌ يَوْمَئِذٍ لِلْمُكَذِّبِينَ﴾ ^(١) ولم يقل ويل يومئذ للتاركين، فعلم من ذلك أن الذم والويل على التكذيب لا على ترك امتثال الأمر، فالآية لا دلالة فيها على المدعى.

وأجيب عن هذا: بأن ظاهر الآية الكريمة أن الذم مرتب على ترك ما اقتضته صيغة الأمر في قوله تعالى (اركعوا) وأن الويل مرتب على التكذيب، وهذا مشعر بأن علة الذم هي ترك المأمور به، كما أن علة الويل هي التكذيب، لأن ترتيب الحكم على الوصف مشعر بأن الوصف علة للحكم، وبذلك تكون الآية الكريمة باعتبار ظاهرها مفيدة أن التارك للمأمور به وإن لم يكن مكذبا يعاقب على التارك وحده، وإن كان مكذبا عوقب على التارك والتكذيب معا، وفي ذلك تكثير للفائدة وهو ما يقصد إليه القرآن الكريم.

الوجه الثاني:

سلمنا أن الذم على ترك المأمور به المستفاد من صيغة الأمر، ولكن يجوز أن يكون الوجوب قد استفيد من الصيغة مع انضمام قرينة إليها، فلعن الأمر بالركوع قد اقترن به ما يقتضى إيجابه، وهذا ليس من محل النزاع.

وأجيب عن ذلك: بأن الله سبحانه وتعالى قد رتب الذم على ترك الركوع المستفاد وجوبه من قوله تعالى (اركعوا) فدل

(١) سورة المرسلات، آية/ ٤٩.

على أن صيغة (افعل) بمجرد ما تدل على الوجوب، وليس الذم ناشئاً عن القرينة مع الصيغة، وهو المدعى والمطلوب^(١).
رابعاً: تارك المأمور به مخالف للأمر، كما أن الآتي بالمأمور به موافق للأمر، والمخالف للأمر على صدد العذاب لقوله سبحانه وتعالى ﴿فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم﴾^(٢) فالله سبحانه وتعالى أمر المخالف بالحنز عن العذاب، وإذا إنما يحصل بعد قيام مقتضى للعذاب وليس إلا المخالفة، فالمخالفة لأمر الله ورسوله على صدد العذاب، فتارك المأمور به بصدد العذاب، وعليه يكون الترك موجبا للعذاب، فيكون المأمور به واجبا، لأن الإنسان لا يعذب على ترك ما ليس واجبا، وبذلك تكون صيغة الأمر مفيدة للوجوب وهو المطلوب والمدعى^(٣).

نوقش هذا الدليل من وجوه:

الأول:

أننا لا نسلم أن موافقة الأمر هي الإتيان بالمأمور به حتى تكون مخالفة الأمر هي ترك الإتيان بالمأمور به، بل نقول إن موافقة الأمر هي اعتقاد أنه حق وصدق، وبذلك تكون مخالفة

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٢٦، مناهج العقول ج٢ ص ٢١، الإيهام في شرح المنهاج ج٢ ص ٢٨، إرشاد الفحول ص ٩٥.

(٢) سورة النور، من الآية/ ٦٣.

(٣) مناهج العقول ج٢ ص ٢١ - ٢٢، نهاية السؤل ج٢ ص ٢٦ - ٢٧، الإيهام ج٢ ص ٢٩ - ٣٠.

الأمر هي اعتقاد أنه كذب وباطل، فلا يتم قولكم مخالفة الأمر هي ترك الإتيان به.

وأجيب عن هذا: بأن موافقة الشيء في اللغة هي الإتيان بمقتضاه، فإن كان الشيء يقتضي الإتيان بالمأمور به كانت موافقته هي الإتيان بالمأمور به ومخالفته ترك الإتيان به، وإن كان الشيء يقتضي الصدق والاعتقاد كانت موافقته هي اعتقاد أنه حق وصدق ومخالفته هي اعتقاد أنه كذب وباطل.

ولا شك أن الذي يقتضي الصدق والاعتقاد هو المعجزة الدالة على صدق النبي - ﷺ - فيما يبلغه عن ربه - ﷻ - من الأوامر والنواهي، وبذلك يكون ما ادعيتموه من الموافقة هو موافقة المعجزة، لا موافقة الصيغة، وليس ذلك مما نحن فيه بل خارج عن محل النزاع^(١).

الوجه الثاني:

إنما يصح هذا الدليل لو كان الأمر بالاحذر للمخالفين والتهديد بإصابة الفتنة والعذاب على المخالفة، لكن الأمر بالاحذر ليس للمخالفين، إنما هو أمر بالاحذر عن المخالفين، وتقدير الكلام: احذروا المخالفين، والدليل على هذا التقدير: أن فاعل فليحذر ضمير مستتر ومفعوله الذين يخالفون.

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٢٧، مناهج العقول جـ ٢ ص ٢٢، الإبهاج جـ ٢ ص ٣٠.

وأجيب عن ذلك بجواب من وجهين:

الأول:

أن الإضمار على خلاف الأصل، وإذا سلمنا جواز الإضمار فلا بد من اسم ظاهر يرجع إليه، وهذا الاسم هو: الذين يتسللون.

فقد ورد في نزول هذه الآية: أن المنافقين كان يتقل عليهم المقام في المسجد واستماع الخطبة، وكانوا يلونون بمن يستأذن من المؤمنين للخروج من أجل الحاجة، فإذا أذن له انسلوا فخرجوا معه متخفين ومتسترين^(١)، وعلى هذا يكون الذين يتسللون هم المخالفين وحينئذ يكون فعل الحذر قد استوفى فاعله ومفعوله ويصبح قوله تعالى: ﴿ أن تصيبهم فتنة ﴾ لا ارتباط له بالذي قبله والذي بعده، لأن فعل الحذر ليس مما يتعدى إلى مفعولين، ولو كان قوله تعالى: ﴿ أن تصيبهم فتنة ﴾ مفعولاً لأجله لوجب أن يكون عقب قوله تعالى ﴿ فليحذر أن تصيبهم فتنة ﴾ لأن الفعل يجب أن يجمع علته، واجتماعهما مستحيل.

الثاني:

سلمنا أن الفاعل يعود على الذين يتسللون، وأن المأمورين بالحذر هم المخالفون، فقد أصروا بالحذر عن أنفسهم مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾^(٢) لكن كان يجب إبراز

(١) التفسير الكبير للإمام الفخر الرازي ج ٢ ص ٤٠ - الناشر دار الكتب العلمية طهران.

(٢) سورة النساء، من الآية/ ٢٩.

الضمير هنا، والأبلغ أن يكون الأمر بالحرز للناس من المخالفة، والمخالفون يشملهم هذا الأمر لدخولهم في عموم الناس، فيكون التقدير: قد أمر الله تعالى بالحرز للمخالفين وغيرهم عن المخالفة وهي: ترك المأمور به من أجل إصابة للفتنة أو العذاب، فلو كان الأمر خاصاً بالذين يتسللون وهم المخالفون فلا يشمل غيرهم، ولهذا صح الدليل على وجوب الحرز من العذاب بسبب المخالفة^(١).

الوجه الثالث:

أن هذا الدليل أفاد الأمر بالحرز للمخالفين من العذاب وأنتم تقولون إن الحرز واجب بقوله سبحانه وتعالى (فليحذر) لكن هذا الدليل خارج عن محل النزاع، لأن النزاع في كون صيغة الأمر للوجوب.

وأجيب عن ذلك: بأن الأمر بالحرز من العذاب لا يجب إلا إذا قام الدليل الدال على أن العذاب مرتب على ترك المأمور به، وإلا لكان الحرز سفهاً وعبثاً وهو محال على الله سبحانه وتعالى، وهنا قد دل الدليل على أن العذاب مرتب على مخالفة أمره، وهو ترك المأمور به، لأنه لا عذاب إلا على ترك الواجب دون المنذوب، فكانت صيغة الأمر دالة على الوجوب حقيقة، وهو المطلوب والمدعى^(٢).

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٢٧، مناهج العقول جـ ٢ ص ٢٢، فوائح للرحموت جـ ١ ص ٣٧٤.

(٢) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٢٨، مناهج العقول جـ ٢ ص ٢٤، الإبهاج جـ ٢ ص ٣١-٣٢.

الوجه الرابع:

أن لفظ الأمر الوارد في الآية مطلق، والمطلق يوجد في أى فرد من أفرادها، فلا يدل على الوجوب في جميع الأوامر، بل يدل على وجوب أمر واحد فقط، وعليه فالدليل أخص من المدعى وهو أن كل أمر يفيد الوجوب، فلا يثبت المدعى.

وأجيب عن ذلك: بأن لفظ الأمر في الآية مصدر مضاف

يفيد العموم، لأنه إن لم يكن للاستغراق فهو للجنس فيكون المعنى: فليحذر الذين يخالفون جنس الأمر، فكان الأمر عاما وترتب العقاب على مخالفة جنس الأمر يدل على أن الأمر للوجوب، ومخالفته علة في استحقاق العذاب، وعليه يكون كل أمر للوجوب، وهو المطلوب والمدعى^(١).

خامساً:

تارك المأمور به عاصٍ وكل عاصٍ مُخَلَّدٌ في النار، فينتج تارك المأمور به مخلص في النار، ولا معنى للوجوب إلا هذا، لأنه لا يخلد في النار إلا من ترك أمراً واجباً.

دليل الصغرى:

وهى تارك المأمور به عاصٍ، لقوله سبحانه وتعالى حكاية عن موسى -عليه السلام- لأخيه هارون ﴿أفصيت أمري﴾^(٢)، وقوله سبحانه وتعالى فى شأن الملائكة ﴿لا يعصون الله ما

(١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٨٠، فواتح الرحموت جـ ١ ص

٣٧٤، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٤٣.

(٢) سورة طه، من الآية/ ٩٣.

أمرهم ويفعلون ما يؤمرون ﴿١﴾، فكلا الآيتين أفاد أن تارك الأمر يعتبر عاصياً.

دليل الكبرى:

قوله سبحانه وتعالى ﴿ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالدين فيها أبداً﴾ (٢).

فقد عبر الله سبحانه وتعالى "بمن" التي هي للعموم، وبذلك تكون الآية أفادت أن كل عاصٍ يخلد في النار، وإذا ثبت هذا كان الأمر للجواب وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم المقدمة الأولى، لأنه لو كان العصيان عبارة عن ترك الأمور به لكان قوله سبحانه وتعالى ﴿لا يعصون الله ما أمرهم﴾ معناه: لا يتركون أى يفعلون، فيكون قوله بعد ذلك ﴿وفعلون ما يؤمرون﴾ (٣) تكراراً من غير فائدة، والتكرار من غير فائدة عبث والعبث على الله تعالى مخال.

وأجيب عن ذلك من وجهين:

الأول: أنه لا تكرار لاختلاف الزمن فإن قوله تعالى ﴿لا يعصون الله ما أمرهم﴾ يعنى فى الماضى، وقوله تعالى

(١) سورة التحريم، من الآية/ ٦.

(٢) سورة الجن، من الآية/ ٢٣.

(٣) سورة التحريم، من الآية/ ٦.

﴿ ويفعلون ما يؤمرون ﴾ يعنى فى الحال أو الاستقبال، وعند اختلاف الزمن ينتفى التكرار.

الثانى: أنه لا تكرر لأن قوله تعالى ﴿ لا يعصون الله ما أمرهم ﴾ بيان للواقع من الملائكة وهو أنهم لم يتركوا لله أمراً، وقوله تعالى ﴿ ويفعلون ما يؤمرون ﴾ بيان لشأنهم وحياتهم وفطرتهم، وعند اختلاف الحال ينتفى التكرار.

الوجه الثالث:

لا نسلم المقدمة الثانية، وهى أن كل عاصٍ يُخلد فى النار، بل نقول إن العاصى المُخلد هو الكافر، ويدل على ذلك أن "من" فى قوله تعالى (ومن يعص) مراد بها الكافر فقط وليس المراد بها كل تارك، والقرينة على هذا قوله سبحانه وتعالى ﴿ خالدين فيها أبداً ﴾ فإن الذى يخلد فى النار أبداً الكافر دون العاصى من المؤمنين، فأصبحت المقدمة الكبرى خالية من الدليل.

وأجيب عن ذلك:

بأن الخلود فى اللغة: المكث الطويل الصادق على الدائم وغيره وليس هو الدائم فقط بل هو حقيقة فى القدر المشترك حذراً من الاشتراك والمجاز، وعلى ذلك يتحقق فى الكافر وغيره من العصاة، فلا يكون ذكر قوله "أبداً" مخصصاً لعموم الآية^(١).

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٢٨ - ٢٩، مناهج العقول جـ ٢ ص ٢٥، الإبهاج جـ ٢ ص ٣٣ - ٣٤، المحصول جـ ١ ص ٢١٤، وما بعدها، فواتح الرحموت جـ ١ ص ٣٧٥.

سادساً: استدلوا بما روى عن النبي - ﷺ - أنه دعا أبا سعيد بن المَعْلَى وهو في الصلاة فلم يجبه، فقال له النبي - ﷺ - (ما منعك أن تجيب؟ وقد سمعت الله تعالى يقول ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ ﴾ (١)، (٢).
وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي - ﷺ - أنكر على أبي سعيد عدم إجابته، لأن الاستفهام هنا استفهام إنكاري ولا يكون الاستفهام على حقيقته، لأن النبي - ﷺ - عالم بالسبب وهو أنه كان يصلي، وعالم أيضاً أن إجابة المصلي للرسول - ﷺ - وهو في الصلاة جائزة، فالتكلم في الصلاة كان جائزاً، فتعين أن يكون الاستفهام للإنكار والذم والتوبيخ على ترك الاستجابة، ولا ذم إلا على ترك أمر واجب والمتروك هنا الاستجابة، وهي مأمور بها في قوله سبحانه وتعالى ﴿ اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ ﴾ وطلب الاستجابة عام سواء أكان الشخص في الصلاة أم غيرها، وإذا ثبت هذا تعين أن تكون صيغة الأمر المجردة عن القرائن للوجوب^(٣).

(١) سورة الأنفال، من الآية/ ٢٤.

(٢) أخرجه الإمام البخاري عن أبي سعيد بن المَعْلَى - فتح الباري يشرح صحيح البخاري - كتاب التفسير - باب يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم حديث رقم ٤٦٤٧ ج٨، ص ٣٠٧.

(٣) نهاية السؤل ج٢ ص ٢٩، منهاج العقول ج٢ ص ٢٦، الإبهاج ج٢ ص ٣٦.

واستدل أصحاب المذهب الثاني القائلون بأن صيغة الأمر حقيقة

في الندب مجاز فيما سواه بما يأتي:-

أولاً:

بما روى عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما امرتكم به فاتروا منه ما استطعتم فإنما هلك الذين من قبلكم من كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم)^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول - ﷺ - رد الأمر إلى مشيئتنا، وكل ما هو مردود إلى مشيئتنا يكون جائز الترك، فينتج أن الأمر جائز للترك، ولا معنى للندب إلا هذا، فتكون صيغة الأمر حقيقة في الندب مجازاً فيما سواه^(٢).

دليل الصغرى:

قوله - ﷺ - (فاتروا منه ما استطعتم) أى ما شئتم، فإن معنى الاستطاعة فى الحديث هى المشيئة، ويؤيده التعبير بكلمة

(١) أخرجه الإمام البخارى ومسلم والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة- فتح البارى بشرح صحيح البخارى- كتاب الاعتصام- باب الإقضاء بمنن رسول الله - ﷺ - جـ ١٣ ص ٢٥١ حديث رقم ٧٢٨٨، صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الحج- فرض الحج مرة فى العمر جـ ٣ ص ٤٨١- ٤٨٢، سنن للنسائى بشرح جلال الدين السيوطى- كتاب مناسك الحج- باب وجوب الحج، جـ ٥ ص ١١٠- ١١١- دار الحديث بالقاهرة، منن ابن ماجه- مقامة - باب ١ جـ ١ ص ٣.

(٢) فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت جـ ١ ص ٣٧٦، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٤٤، شرح العضد جـ ٢ ص ٨١، إرشاد القحول ص ٩٦.

"منه" في الحديث لأن 'من' للتبويض، والأمر الذي للوجوب لا يتبعض وإنما يكون إما واجباً أو غير واجب.

دليل الكبرى:

فهي مسلمة، لأن معنى المشيئة هي جواز الفعل والترك، لكن هنا ترجح جانب الفعل على جانب الترك، فكانت صيغة الأمر حقيقة في الذنب، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم لكم المقدمة الصغرى، وهي: أن النبي - ﷺ - رد الأمر إلى مشيئتنا، إنما أفاد الحديث رد الأمر إلى استطاعتنا، لأن الاستطاعة شرط في التكاليف الشرعية كلها فعلق عليها الأمر، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكلفنا ولا يأمرنا إلا بما هو مقدور لنا، فغير المقنن لا يأمر الله تعالى به، لعدم الفائدة من الأمر بشئ لا قدرة للإنسان عليه، ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾^(١).

فالأمر الذي أوجب الله علينا الإتيان به هو المستطاع، أما غير المستطاع فلم يأمرنا بالإتيان به، بل رفعه عنا تخفيفاً ورحمة بنا، فالحديث دليل لنا وليس دليلاً علينا.

الثاني:

سلمنا لكم المقدمة الكبرى، وهي: أن كل أمر مردود إلى مشيئتنا يجوز تركه، لكن لا تثبت المدعى، فدعواكم أن صيغة الأمر حقيقة في الذنب ومعناه: طلب الفعل طلباً غير جازم. أم

(١) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٦.

المشيئة فهي تدل على جواز الفعل والترك على السواء، لأن معنى المشيئة التخيير بين الفعل والترك، فتكون صيغة الأمر للإباحة، أما ترجيح جانب الفعل على الترك فيكون بدليل آخر لامن الصيغة، ولم يوجد، فضلاً على أن النزاع في صيغة الأمر، وهذا الدليل وارد على الأمر بمعنى الطلب الجازم، وهو مدلول الصيغة لا على دلالة الصيغة، لأنه الطلب النفسى، فالدليل خارج عن محل النزاع، وعلى فرض أنه صحيح، فقد عارضه الطلب الجازم ولا خلاف أنه أمر، وهو الوجوب فتكون صيغته للوجوب حقيقة، والمنسوب وإن كان الأمر به وارداً وهو مستطاع لنا، لكنه ساقط عن دائرة الوجوب إلى دائرة الندب دفعاً للخرج، فكانت صيغة الأمر فيه مجازاً^(١).

ثانياً:

أن أهل اللغة قالوا لا فارق بين صدور الصيغة من السائل وصدورها من الأمر إلا للرتبة، بمعنى أن رتبة الأمر تكون أعلى من رتبة السائل، والصيغة في السؤال إنما تدل على الندب فكانت في الأمر كذلك مفيدة للندب، لأنها لو دلت على غيره كالوجوب أو الإباحة لوجد فارق آخر غير الرتبة بين الأمر والسؤال، وهو خلاف ما نقل عن أهل اللغة، وبذلك تكون صيغة الأمر مفيدة للندب فقط، وهو المطلوب والمدعى.

(١) فواتح الصوت شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ٣٧٦، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٤٤، إرشاد الفحول ص ٩٦.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم وجود الفارق بين صدور الصيغة من السائل وصدورها من الأمر، فإن للصيغة في الحالتين تسمى صيغة الأمر، وقد سبق أن الأمر لا يشترط فيه علو ولا استعلاء، والفرق بين السؤال والأمر هو الفرق بين العام والخاص، بمعنى أن الأمر أعم من السؤال، لأن السؤال يكون مصحوباً بالتذلل والخضوع، والأمر يشمل ذلك كما يشمل غيره.

الثاني:

سلمنا أن هناك فرقاً بين السؤال والأمر وهو الرتبة، ولكن لا نسلم أن الصيغة في السؤال تدل على الندب، بل نقول إنها تفيد الوجوب لأن أهل اللغة وضعوها للقول الطالب للفعل مع المنع من الترك، والسائل قد استعملها في هذا فتكون الصيغة في الأمر مفيدة للوجوب كذلك، لأنها لو أفادت غير الوجوب لوجد فارق بين الأمر والسؤال غير الرتبة، وهو خلاف ما نقل عن أهل اللغة.

فإن قيل: بعد تسليم أن الصيغة في كل من الأمر والسؤال تفيد الوجوب، إلا أنه لا يزال هناك فارق بين الأمر والسؤال غير الرتبة، ذلك الفارق هو أن الإيجاب في السؤال لا يترتب عليه الوجوب والإلزام بخلاف إيجاب الأمر فإنه يترتب عليه الوجوب والإلزام، ومن هنا قالوا: إن المسئول لا يُزَمُّ بالقبول من السائل والمأمور ملزم بالقبول من الأمر.

وأجيب عن ذلك:

بأن الوجوب قد يتخلف عن الإيجاب في كل من السؤال والأمر، لوجود المانع، والتخلف لمانع لا يقضى بأن اللفظ غير صالح للدلالة عليه، بل يقال: إن اللفظ صالح للدلالة عليه لولا المانع.

فمثلاً السيد إذا أمر عبده بمالا قدرة له عليه حساً أو شرعاً لا يكون العبد ملزماً بالقبول، كما أن المسئول لا يلزم بالقبول كذلك من السائل وحينئذ فلا يوجد فارق بين السؤال والأمر إلا الرتبة ويكون كل منهما دالاً على الإيجاب^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثالث القائلون بأن صيغة الأمر

حقيقة في الإباحة مجاز فيما سواها:

بأن صيغة الأمر تدل على جواز الإقدام على الفعل، بمعنى أن الإتيان به لا حرج فيه فوجب قصر الصيغة عليه لأنه هو الأصل، والطلب للفعل خلاف الأصل فلا يصار إليه لدليل، ولا دليل.

نوقش هذا الدليل:

بأن الصيغة عند تجردها عن القرائن الصارفة يتبادر منها طلب الفعل، والتبادر علامة الحقيقة، فكانت الصيغة حقيقة في طلب الفعل، فإذا استعملت في غيره كانت مجازاً^(٢).

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٣١ - ٣٢، الإبهاج في شرح المنهاج ج٢ ص ٣٨ - ٣٩،

فوائح الرحموت شرح مسلم للثبوت ج١ ص ٣٧٦.

(٢) أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٤٣ - دار الطباعة المحمدية بالقاهرة.

واستدل أصحاب المذهب الرابع القائلون بأن صيغة الأمر حقيقة في القدر المشترك بين الوجوب والندب، وهو الطلب:

بأن صيغة الأمر قد استعملت في الإيجاب مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(١) وقد استعملت في الندب مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(٢) فتكون حقيقة في القدر المشترك بينهما، وهو الطلب، دفعاً للاشتراك والمجاز لأنهما خلاف الأصل^(٣).

ولأن القدر المشترك وهو الطلب متيقن، فقد ثبت رجحان الفعل على الترك ولم يثبت الزائد على هذا الرجحان وهو المنع من الترك، والرجحان يصدق على الإيجاب والندب، لأنه ترجح جانب وجود الفعل على تركه، فالقول بأن صيغة الأمر حقيقة في الإيجاب مجاز فيما عداه تخصيص من غير مخصص وإثبات للزائد وهو المانع من الترك من غير دليل فيكون باطلاً^(٤).

نوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

الأول:

لا نسلم أن طلب الفعل المفهوم من الصيغة مع المنع من الترك، وجعل الطلب خاصاً بالإيجاب، قول من غير دليل وتخصيص من غير مخصص، بل هو قول بدليل، وإثبات للزائد

(١) سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.

(٢) سورة النور، من الآية/ ٣٣.

(٣) نهاية المول ج٢ ص ٣٢، مناهج للعقول ج٢ ص ٣٠، الإبهاج في شرح المنهاج

ج٢ ص ٤٠.

(٤) شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٨١، إرشاد الفحول ص ٩٦.

على مطلق الطلب بدليل، وهو الأدلة التي سبقت على أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب.

الثاني:

إن هذا الدليل فيه إثبات للغة بلوازم الماهيات، وذلك أنكم جعلتم الرجحان لازماً للوجوب والندب، وأثبتتموه بالصيغة لاستعمالها فيهما واللغة لا تثبت بلوازم الماهيات، إنما تثبت بالوضع، أي بنص الواضع على ذلك ولم يثبت، فبطل دليلكم^(١).

الثالث:

إن المجاز وإن كان خلاف الأصل، لكنه وجب المصير إليه للأدلة التي سبقت، على أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب^(٢).

واستدل أصحاب المذهب الخامس القائلون بأن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والندب.

بأن الصيغة قد استعملت في الوجوب كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لَدُلُوكَ الشَّمْسِ ﴾^(٣)، كما استعملت في الندب كقوله، سبحانه وتعالى ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾^(٤)، والأصل في الاستعمال الحقيقة، فكانت الصيغة حقيقة في كل منهما، ووضعت لكل منهما استقلالاً، ولا معنى للاشتراك اللفظي إلا هذا، وهو المطلوب.

(١) شرح المضد ج٢ ص ٨١، إرشاد العقول ص ٩٦.

(٢) نهاية السؤل ج٢ ص ٣٢، مناهج العقول ج٢ ص ٣٠.

(٣) سورة الإسراء، من الآية/ ٧٨.

(٤) سورة النور، من الآية/ ٢٣.

نوقش هذا الدليل:

بأن الأصل في الاستعمال الحقيقة إذا كان اللفظ متردداً بين المعنيين ولم يتبادر منه واحد منهما بخصوصه، أما إذا تبادر من اللفظ معنى معين منهما كان اللفظ حقيقة فيه فقط، لأن التبادر علامة على الحقيقة، وصيغة الأمر إذا تجردت من القرائن يتبادر منها الوجوب ولا يتبادر منها النذب، فكانت الصيغة حقيقة في الوجوب فقط، فإذا استعملت في غيره كان استعمالاً مجازياً، والمجاز خير من الاشتراك لأنه لا يحتاج إلى تعدد لا في الوضع ولا في القرائن، بخلاف المشترك اللفظي فإنه يحتاج إلى كل منهما^(١).

واستدل أصحاب المذهب السادس القائلون بأن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والنذب والإباحة:

بأن صيغة الأمر قد استعملت في كل من الوجوب والنذب والإباحة، والأصل في الاستعمال الحقيقة، فكانت الصيغة حقيقة في كل واحد من هذه المعاني الثلاثة، فإذا استعملت في غيرها كان الاستعمال مجازاً.

أما استعمال صيغة الأمر في الوجوب والنذب فقد سبق ما يدل عليه، وأما استعمالها في الإباحة فكقوله سبحانه وتعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾^(٢).

(١) أصول الفقه للشيخ زهير ج ٢ ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٢) سورة المائدة، من الآية/ ٢.

نوقش هذا الدليل:

بأن الأصل في الاستعمال الحقيقة عند تردد اللفظ بين هذه المعاني وعدم تبادل معنى معين من الصيغة، ولكن صيغة الأمر عند تجردها من القرائن يتبادر منها الوجوب دون غيره من النذب أو الإباحة، فتكون الصيغة حقيقة في الوجوب مجازاً فيما سواه^(١).

استدل أصحاب المذهب السابع القائلون بأن صيغة الأمر مشترك معنى بين الوجوب والنذب والإباحة:

بأن صيغة الأمر عند إطلاقها يتبادر منها وجود الفعل دون تركه، ووجود الفعل يتحقق في كل من الوجوب والنذب والإباحة، ولا مرجح لواحد منهم على الآخر فكانت الصيغة حقيقة فيما يعمهم وهو الإنز، وتكون موضوعاً لهذا المعنى العام، ولا معنى للاشتراك المعنوي إلا هذا وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل:

بأن صيغة الأمر عند إطلاقها يتبادر منها طلب الفعل مع المنع من الترك، وهذا المعنى هو ما يعرف بالوجوب، ولا يتبادر منها النذب ولا الإباحة، فتكون حقيقة في الوجوب مجازاً فيما سواه، لأن التبادر أمانة الحقيقة^(٢).

(١) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٤٥، أصول الفقه للشيخ زهير ج ٢ ص ١٤٤.

(٢) تيسير التحرير ج ١ ص ٣٤٥، أصول الفقه للشيخ زهير ج ٢ ص ١٤٥.

واستدل أصحاب المذهب الثامن القائلون بأن صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب والتدب والإباحة والإرشاد والتهديد:

بأن صيغة الأمر قد استعملت في كل معنى من هذه المعاني الخمسة وإذا أطلقت الصيغة على هذه المعاني كلها كانت حقيقة فيها، والأصل في الإطلاق الحقيقة، فتكون صيغة الأمر مشتركة بين هذه المعاني كلها، وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل:

بأن الصيغة حقيقة في الوجوب مجاز فيما سواه للأدلة السابقة على أنها حقيقة في الوجوب، والاشتراك خلاف الأصل، لأنه عند إرادة كل معنى من هذه المعاني لابد من قرينة تبين المعنى المراد.

أما المجاز: وإن كان خلاف الأصل لكنه أيسر من الاشتراك، ولا تلزم القرينة إلا في معنى واحد، وهو المعنى المجازي، أما المعنى الحقيقي فلا يحتاج إلى قرينة، ولهذا كان المعنى المجازي فيما عدا المعنى الحقيقي للصيغة وهو الإيجاب أولى من الاشتراك^(١).

واستدل أصحاب المذهب التاسع القائلون بأن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والتدب والإباحة والتهديد:

بأن صيغة الأمر قد استعملت في الوجوب والتدب والإباحة والتهديد والأصل في الاستعمال الحقيقة، فكانت الصيغة

(١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٨١، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٤٥.

حقيقة في كل واحد من هذه المعاني، موضوعة لكل واحد منها بوضع مستقل، ولا معنى للاشتراك اللفظي إلا هذا، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن الأصل في الاستعمال الحقيقة إذا كانت الصيغة مترددة بين هذه المعاني الأربعة، ولا مرجح لواحد منها على الآخر ولكن سبق أن الصيغة عند إطلاقها يتبادر منها الوجوب فقط، فكانت حقيقة فيه مجازاً فيما عداه، لأن التبادر أمانة الحقيقة^(١).

واستدل أصحاب المذهب العاشر القائلون بالتوقف في معنى الصيغة:

أن الطريق إلى معرفة مدلول صيغة (افعل) لا يثبت إلا بدليل ولم يوجد، لأن دلالة الصيغة على معنى معين من المعاني كالوجوب أو النذب أو الإباحة لا بد له من دليل يدل عليه من كون الصيغة موضوعة لهذا المعنى بعينه، وهذا الدليل لا يثبت إلا بأحد طريقين: إما بالعقل أو النقل.

فالعقل: وإثبات مدلول الصيغة بالعقل باطل، لأنه لا مجال له في اللغات، فاللغة لا تثبت بالعقل.

وأما النقل: فإثبات مدلول الصيغة عن طريقه أيضاً باطل، لأن النقل إما أن يكون بطريقة الأحاد وهو لا يفيد إلا الظن في

(١) تيسير التحرير ج١ ص ٣٤٥، أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٤٥، ١٤٦.

الأحكام العملية، أما الأحكام العلمية وهي الاعتقادية والمسائل الأصولية فلا بد فيها من القطع، وما نحن فيه لا يثبت بالأحاد لأنها مسألة أصولية.

وأما النقل بالتواتر فهو يفيد القطع لكنه غير موجود هنا، لأن مدلول الصيغة المعين لو ثبت بالنقل المتواتر بأن الصيغة موضوعة له لما اختلف فيه لكن وجود الاختلاف في مدلولها دليل على أن مدلولها ظني وإذا انتفت الطرق المثبتة لدلالة الصيغة على معنى معين، تعين الوقف لوجود التردد بين معانيها المختلفة، وعدم ما يوجب العلم بالمدلول.

نوقش هذا الدليل من وجوه ثلاثة:

الأول:

نمنع حصر الطرق التي تثبت الدليل في العقل والنقل فقد يوجد طريق ثالث وهو: أن يكون الدليل مركباً من العقل والنقل، وهذا غير ممنوع، لأن دليل العقل الممتنع إثبات مدلول الصيغة به، هو استقلاله بذلك ولم يوجد غيره، بمعنى لا تثبت دلالة الصيغة على مدلول معين من الوجوب أو الندب أو الإباحة بالعقل فقط واستقلاله بالدلالة، أما إذا كان الدليل العقلي مبنياً على مقدمات عقلية فيفيد الدلالة على المدلول المعين وتثبت دلالة الصيغة به.

والدليل المركب من العقل والنقل كقولنا: تارك الأمر عاصٍ لقوله سبحانه وتعالى ﴿ أَفَعَصَيْتَ أَمْرِي ﴾ ^(١) والعاصي يستحق العقاب بالنار لقوله سبحانه وتعالى ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا ﴾ ^(٢) فإن العقل بإنضمام هذا النقل إليه يثبت أن مدلول الصيغة هو الوجوب، وقد تقدم ذكر هذا الدليل في أدلة الجمهور القائلين بأن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب.

الثاني:

سلمنا أن الطرق محصورة في العقل والنقل، لكن لا نسلم لكم أن النقل بطريق الأحاد لا يفيد هنا، لأن هذه المسألة ليست علمية لأن المقصود من كون الأمر للوجوب إنما هو العمل به لا مجرد اعتقاده، والعمليات مظنونة يكتفى فيها بالظن، فكذا ما كان وسيلة إليها، فيكون النقل بطرق الأحاد مفيداً هنا وهو المطلوب.

الثالث:

أن النقل ثبت عن طريق التواتر، فقد تواترت استدلالات العلماء على أن صيغة الأمر للوجوب حقيقة تواتراً لم يدع مجالاً للشك والتردد، وأما وجود الخلاف فلا يمنع للتواتر، لأن الخلاف متأخر، واتفاق العلماء على معنى معين للصيغة متقدم، فقد وجد التواتر متقدماً وسابقاً وعدم الخلاف إنما يتوقف على الوقوف

(١) سورة طه، من الآية/ ٩٣.

(٢) سورة الجن، من الآية/ ٢٣.

على الاتفاق في القضية المعنية وتاريخها، فالمخالف لم يصله ذلك، فلا يكون الخلاف دليلاً على عدم نقل دلالة الصيغة على معنى معين من المعاني بطريق التواتر^(١).

وبعد ذكر أدلة المذاهب ومناقشتها يتضح لنا أن المذهب القائل بأن صيغة الأمر للوجوب حقيقة هو الراجح، يؤيد ذلك ما ذكره الشوكاني حيث قال: "وإذا تقرر لك هذا عرفت أن الراجح ما ذهب إليه القائلون بأنها حقيقة في الوجوب، فلا تكون لغيره من المعاني إلا بقرينة لما ذكرناه من الأدلة، ومن أنكر استحقاق العبد المخالف لأمر سيده للذم وأنه يطلق عليه بمجرد هذه المخالفة اسم العصيان، فهو مكابر ومباهت، فهذا يقطع النزاع باعتبار العقل، وأما باعتبار ما رود في الشرع وما ورد من حمل أهله للصيغ المطلقة من الأوامر على الوجوب ففيما ذكرناه سابقاً ما يغني عن التطويل، ولم يأت من خالف هذا بشئ يعتد به أصلاً"^(٢).

(١) نهاية المول جـ ٢ ص ٣٢-٣٣، مناهج الحقول جـ ٢ ص ٣١-٣٣، الإبهاج في شرح المنهاج جـ ٢ ص ٤١-٤٢، فوائح لرحموت شرح مسلم للثبوت جـ ٢ ص ٣٧٧ تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٤٥، شرح العضد جـ ٢ ص ٨١، شرح للسمع للشيرازي جـ ١ ص ٢١٢- طبعة أولى سنة ١٩٨٨م- دار الغرب الإسلامي بيروت - لبنان.

(٢) إرشاد الفحول ص ٩٦-٩٧.

ثمرة الخلاف

تتضح ثمرة الخلاف السابق في بعض الفروع
الفقهية منها ما يلي:

الفرع الأول

الكتابة والإشهاد على الدين

ذهب الظاهرية إلى وجوب كتابة الدين والإشهاد عليه،
عملاً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ
بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب
كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ
وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخْشَ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ
سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَأَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ
وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ
وَأَمْرَتَانِ... ﴾^(١).

فالأمر في قوله "فاكتبوه" وقوله "واستشهدوا" ظاهره
الوجوب، ولا يعدل عن الظاهر إلا بنص أو إجماع^(٢).

قال ابن حزم: "مسألة: فإن كان القرض إلى أجل،
ففرض عليهما -يعني الدائن والمدين- أن يكتباه، وأن يشهدا
عليه عدلين فصاعداً، أو رجلاً وامرأتين عدولاً فصاعداً، فإن
كان ذلك في سفر ولم يجدا كاتباً، فإن شاء الذي له الدين أن

(١) سورة البقرة، من الآية / ٢٨٢.

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٨٠ - منشورات دار الفلاح الجديدة بيروت.

يرتھن به رھناً قلہ ذلك، وان شاء أن لا يرتھن قلہ ذلك، وليس يلزمه شيء من ذلك في الدين الحال، لا في السفر ولا في الحضر، برهان ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم ... " إلى أن قال: وليس في أمر الله تعالى إلا الطاعة، ومن قال: إنه نذب فقد قال الباطل، ولا يجوز أن يقول الله تعالى: "لاكتبه" فيقول قائل: لا أكتب إن شئت، ويقول الله تعالى: "وأشهدوا" فيقول قائل: لا أشهد، ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى النذب إلا بنص آخر، أو بضرورة حس، وكل هذا قول أبي سليمان - يعني داود الظاهري - وجميع أصحابنا وطائفة من السلف^(١).

وذهب قوم إلى أن الوجوب منسوخ بقوله سبحانه وتعالى ﴿فإن آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أوتى من أمانته﴾^(٢). وممن ذهب إلى ذلك الشعبي والحسن والحكم وابن عيينة^(٣).

أما جمهور الفقهاء المجتهدين: فذهبوا إلى أن هذا الأمر للنذب والدليل عليه: أنا نرى جمهور المسلمين في جميع ديار الإسلام يبيعون بالأتمان، المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد، وذلك إجماع على عدم وجوبها، ولأن في إيجابها أعظم التشديد

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٨٠.

(٢) سورة البقرة من الآية / ٢٨٣.

(٣) التفسير الكبير للإمام الفخر الرازي ج ٤ ص ١١٩ - طبعة دار الفكر، تفسير الطبري ج ٣ ص ١١٨ - ١١٩ - الطبعة للثالثة سنة ١٩٦٨م مطبعة مصطفى الحلبي. أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٠٦ - طبعة عبد الرحمن محمد بالقاهرة.

على المسلمين والنبي - ﷺ - يقول (بعثت بالحنيفية السهلة السمحة) (١)، (٢).

وكذلك لم ينقل عن الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار أنهم كانوا يتشددون فيهما، بل كانت تقع المدائنات والمبايعات بينهم من غير كتابة ولا إسهاد، ولم يقع نكير منهم (٣).
الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الأمر بكتابة الدين إنما هو للنسب والإرشاد لحفظ الحقوق ومنع المنازعات، وذلك لقوة أدلتهم، وضعف أدلة المخالفين.

(١) روى الإمام أحمد بن حنبل عن أبي أمامة - مسند الإمام أحمد بن حنبل ج ٥ ص ٢٦٦، ج ٦ ص ١١٦ - مطبعة دار صادر بيروت.

(٢) تفسير القفر الرازي ج ٤ ص ١١٩.

(٣) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للدكتور / مصطفى الخن ص ٣٠٣ - ٣٠٤ المطبعة الثالثة سنة ١٩٧٢م - مؤسسة الرسالة بيروت.

الفرع الثاني

الإشهاد على البيع

ذهب ابن حزم إلى أنه فرض على كل متبايعين لما قلّ أو أكثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجلاً وامرأتين، من العدول، فإن لم يجدا عدولاً سقط فرض الإشهاد، فإن لم يشهدوا وهما يقدران على الإشهاد. فقد عصيا الله عز وجل، والبيع تام، واحتج بالأمر في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(١). فإنه يفيد الوجوب^(٢) وإلى هذا ذهب أيضاً أبو جعفر الطبري^(٣)، وداود الظاهري، والضحاك وسعيد بن المسيب، وعطاء، وذهب إلى هذا من الصحابة أبو موسى الأشعري، وابن عبد الله بن عمر، وكان إبراهيم النخعي يقول: أشهد إذا بعث وإذا اشتريت ولو دستجه بقل^(٤) (أي حزمة بقل).

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد أمر مندوب، والأمر في الآية للندب والإرشاد، والذي صرفه عن الوجوب ما ورد عن النبي - ﷺ - من بيع ورهن من غير إشهاد، وما كان

(١) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٤٤.

(٣) تفسير الطبري ج ٣ ص ١٣٣ - ١٣٤.

(٤) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية للخن ص ٣١١.

يفعله أصحابه والسلف الصالح، وما يوجد من اشتراط الإسهاد ولو فى الشئ التافه من الحرج والمشقة على عباد الله^(١).

وذهب فريق إلى أن الأمر بالإسهاد منسوخ بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإن آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته﴾^(٢).

ورد الطبرى هذا القول: بأنه لا معنى له، لأن هذا حكم غير الأول، وإنما هذا حكم من لم يجد كتاباً قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فإمران مقبوضة فإن آمن بعضكم بعضاً - أى فلم يطالبه برهن- فليؤد الذى أؤتمن أمانته﴾.

قال ولو جاز أن يكون هذا ناسخاً للأول لجاز أن يكون قوله عز وجل: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط﴾^(٣). ناسخاً لقوله عز وجل ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة﴾^(٤)، ولجاز أن يكون قوله عز وجل فى كفارة الظهار ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين

(١) تفسير القرطبي ج٣ ص ٤٠٣ - طبعة دار الكتب المصرية.

(٢) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٣.

(٣) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

(٤) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

متتابعين ﴿^(١) ناسخاً لقوله عز وجل ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ (٢)، (٣).

والزواج هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الأمر بالإشهاد على البيع إنما هو للندب، لأن مذهبهم يحقق الوسطية والاعتدال، فالأصل في الأمر الوجوب، ولكن إذا قامت قرائن على إرادة غير الوجوب عملوا بها، وليس في هذا خروج عن طاعة الله ورسوله، بل تحقيق لأحكامه وتشريعه.

أما مذهب الظاهرية ومن وافقهم فالمتمائل فيه يجد به شدة، وتضييقاً في الدين، وحرماً فيه، مما لا يتلاءم وسماحة الدين ويسره ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ (٤) (إن هذا الدين يسر). (٥)، (٦).

(١) سورة المجادلة، من الآية/ ٤.

(٢) سورة المجادلة، من الآية/ ٣.

(٣) تفسير الطبري ج٣ ص ١٢٠ وما بعدها.

(٤) سورة الحج، من الآية/ ٧٨.

(٥) أخرجه الإمام البخاري عن أبي هريرة - ع - ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري - كتّاب الإيمان - باب ٢٩ - الدين يسر ج١ ص ٩٣.

(٦) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية للفن ص ٣١٢.

المبحث الثالث

فيما يفيد الأمر بعد التحريم

وما يفيد النهي بعد الوجوب

أولاً - ما يفيد الأمر الوارد بعد التحريم:

إذا ورد أمر بعد التحريم، فهل يدل على الإيجاب بصيغته كما كان دالاً عليه قبل التحريم، أم هو للإباحة؟ اختلف الأصوليون في ذلك على مذاهب ثلاثة.

المذهب الأول:

أن صيغة الأمر بعد الحظر للوجوب، وإلى هذا ذهب عامة الحنفية والمعتزلة وأبو إسحاق الشيرازي والقاضي أبو بكر الباقلاني والإمام الرازي واختاره القاضي البيضاوي.

المذهب الثاني:

أن صيغة الأمر بعد الحظر للإباحة، وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء والمتكلمين والإمام الشافعي واختاره بن الحاجب، ومال إليه الأمدى.

المذهب الثالث:

الوقف وعدم الجزم بشئ من الوجوب أو الإباحة، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين^(١).

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٣٤-٣٥، الأحكام للآمدى ج٢ ص ١٦٥، المحصول ج١ ص ٢٣٦، شرح العضد ج٢ ص ٩١، شرح اللمع للشيرازي ج١ ص ٢١٣، البرهان

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الأدلة الدالة على أن صيغة الأمر للوجوب حقيقة لم تفرق بين أمر تقدمه حظر وأمر لم يتقدمه حظر، فورود الأمر بعده، مفيد للوجوب أيضاً كما كان الأمر قبل الحظر مفيداً للوجوب، إذ لا مانع من كون الأمر بعد الحظر للوجوب.

نوقش هذا الدليل:

أن الأدلة الدالة على أن صيغة الأمر للوجوب حقيقة، إنما هي في الأمر المطلق غير المعلق على زوال سبب التحريم والمقيد به وغير متصل بالتحريم، أما ما نحن فيه فليس كذلك، فإن ورود الأمر متصلاً بالتحريم، أو معلقاً على إزالة سبب الحرمة دليل على رفع التحريم، ورفع التحريم عن الفعل قرينة على إباحته، لأن الإباحة هي المتبادرة من صيغة الأمر الواردة بعد الحظر، فثبتت الوجوب أو الندب بالصيغة الواردة بعد الحظر زيادة ولا يثبت إلا بدليل، فكانت الإباحة أرجح.

وأجيب عن ذلك:

بأن المقضى لتخلف الوجوب عن الأدلة إنما هي القرينة المانعة عن إرادة الوجوب ولم توجد، وكون الوجوب زائداً على

لإمام الحرمين جـ ١ ص ١٨٧قرة ١٧٢، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٧٩، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٤٥، البحر المحيط للزركشي جـ ٢ ص ٣٧٨.

هذا المقصود لا يمنع إرادته، لجواز كون الزائد مقصوداً كأصل الرفع، وإن أريد أن المقصود الرفع بالأدنى وهو الإباحة فقط، فلا نسلم أنه متبادر إلى الفهم^(١).

ثانياً:

أن المقتضى للوجوب قائم، والمعارض الموجود لا يصلح معارضاً، فوجب تحقق الوجوب.

أما المقتضى: فالأدلة السابقة التي تدل على أن صيغة الأمر تدل على الوجوب.

وأما المعارض: فلا يصلح معارضاً لوجهين:

الأول: أنه كما لا يمتنع الانتقال من الحظر إلى الإباحة، فكذلك لا يمتنع الانتقال منه إلى الوجوب، والعلم بجوازه ضروري.

الثاني: أمر الشارع الحائض والنفساء بالصلاة والصوم ورد بعد الحظر، وأنه للوجوب^(٢).

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

بأن صيغة الأمر بعد الحظر قد غلب استعمالها في الإباحة، حتى صار هذا المعنى يتبادر منها عند الإطلاق، والتبادر أمانة الحقيقة فكانت الصيغة بعد الحظر حقيقة في الإباحة.

من ذلك: قوله سبحانه وتعالى ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾^(٣)، فإنه أمر ورد بعد حظر الصيد على المحرم

(١) مناهج للعقول ج ٢ ص ٣٤، شرح للمع ج ١ ص ٢١٣.

(٢) المحصول للإمام الرازي ج ١ ص ٢٣٦.

(٣) سورة المائدة، من الآية/ ٢.

بقوله سبحانه وتعالى ﴿ غير محلى الصيد وأنتم حرم ﴾^(١)، وهو للإباحة، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله ﴾^(٢)، فإن الله تعالى أمر بالوطء بعد حظره في الحيض بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾، وهو للإباحة، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله ﴾^(٣)، فإنه أمر ورد بعد الحظر في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وذروا البيع ﴾^(٤)، وهو للإباحة.

ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم (كنت نهيتكم عن زيادة القبور فزوروها فإنها تذكر بالآخرة)^(٥) فإنه أمر ورد بعد نهى وهو للإباحة، وقوله - ﷺ - (كنت نهيتكم عن اخار لحوم الأمضاحى فوق ثلاث فكلوا وادخروا)^(٦) فإنه أمر ورد بعد نهى وهو للإباحة.

(١) سورة المائدة، من الآية/ ١.

(٢) سورة البقرة، من الآية/ ٢٢٢.

(٣) سورة الجمعة، من الآية/ ١٠.

(٤) سورة الجمعة، من الآية/ ٩.

(٥) أخرجه الإمام مسلم وأبو داود والترمذي عن ابن بريده - صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الجنائز - باب استئذان للمرسل عليه السلام في زيارة القبور ج٢ ص ٦٤٠، سنن أبي داود - كتاب الجنائز - باب زيارة القبور ج٣ ص ٢١٨، سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي - كتاب الجنائز - باب زيارة القبور ج٤ ص ٨٩، سنن الترمذي كتاب الجنائز - باب للرخصة في زيارة القبور ج٣ ص ٣٧٠.

(٦) أخرجه الإمام مسلم وأبو داود عن ابن بريده عن أبيه - صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الجنائز - استئذان أن النبي - ﷺ - في زيارة قبر أمه ج٢ ص ٦٤٠، سنن أبي داود - كتاب الأشربة - باب في الأوعية ج٣ ص ٣٣٢.

نوقش هذا الدليل:

بأن صيغة الأمر كذلك قد ورد استعمالها بعد الحظر فى الوجوب مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿فَإِذَا تَسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحَرَمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾^(١)، فإن هذا الأمر ورد بعد النهى عن قتالهم فى الأشهر الحرم وهو للوجوب. لأن قتل المشركين واجب، وقوله - ﷺ - لفاطمة بنت حبيش حينما سألتها، فقالت: إني امرأة استحاض، فلا أطهر، أفأدع الصلاة؟ قال (لا إنما ذلك عرق وليس بمحيض، فإذا أقبلت حيضتك فدعى الصلاة، وإذا أدبرت الحيضة فاغسلى عنك الدم ثم صلى)^(٢) فقد أمرها الرسول - ﷺ - بالصلاة بعد انتهاء الحيض والصلاة واجبة فالأمر للوجوب.

وحيث ثبت استعمال صيغة الأمر فى الوجوب بعد الحظر، كان ذلك معارضاً لما ذكرتموه من استعمالها بعد الحظر فى الإباحة، ولا يمكن الجمع بين هذه الأدلة المتعارضة فيجب إلغاؤها وعدم العمل بها، ويبقى الدليل الذى أقمناه على الوجوب سالماً عن المعارض فيعمل به، وتكون صيغة الأمر بعد الحظر للوجوب وهو المطلوب والمدعى^(٣).

(١) سورة التوبة، من الآية ٥.

(٢) أخرجه الإمام البخارى وسنن عن السيدة عائشة - رضى الله عنها - فتح الباري بشرح صحيح البخارى - كتاب الوضوء، باب غسل الثوب ج ١ ص ٣٣١ - ٣٣٢ حيث رقم ٢٢٨، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الحيض - المستحاضة غسلها وصلاتها ج ١ ص ٦٣٠.

(٣) نهاية المول ج ٢ ص ٣٥، منهاج العقول ج ٢ ص ٣٤، الإيهام ج ٢ ص ٤٣ - ٤٤.

واستدلوا أيضاً:

بأنه إذا أمرنا الشارع بشئ بعد ما حرمه فالظاهر أنه قصد رفع الجناح في فعله وإسقاط المأثم فيه، وذلك يقتضى الإباحة، ولهذا إذا قال السيد لعبده: "لا تفعل كذا" ثم قال له: "افعله" فهم منه رفع الجناح عنه في الفعل، كذلك هنا.

نوقش هذا الدليل:

لا نسلم أنه قصد به رفع الجناح، بل قصد به إيجاب الفعل، ولهذا أتى بالصيغة الموضوعية لاستدعاء الفعل على الإيجاب، وقصد المنكلم إنما يعلم بقوله.

ولو قصد به رفع الجناح لأتى باللفظ الموضوع لرفع الجناح فقال: "رفعت عنك الجناح" فلما أتى بلفظ الأمر، علم أنه قصد به إيجاب الفعل، وبهذا تكون صيغة الأمر بعد الحظر للوجوب وهو المطلوب والمدعى^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن صيغة الأمر بعد الحظر تحتل الوجوب والإباحة على السواء، وعند تساوى الاحتمالين يجب التوقف، يؤيد ذلك ما ذكره إمام الحرمين حيث قال: "والرأى الحق عندي: الوقف في هذه الصيغة، فلا يمكن القضاء على مطلقها وقد تقدم الحظر لا بالإيجاب ولا بالإباحة، فلئن كانت الصيغة في الإطلاق موضوعية للاقتضاء فهي مع الحظر المتقدم مشكلة، فيتعين الوقوف إلى البيان"^(٢).

(١) شرح اللمع للشيرازي ج ١ ص ٢١٥ - ٢١٦.

(٢) البرهان لإمام الحرمين، ج ١ ص ١٨٨،قرة ١٧٣.

ثمره الخلاف

تفرع على الخلاف السابق بعض الفروع منها ما يلي:-

الفرع الأول:

الأمر بالكتابة في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(١) قال طائفة من الحنابلة: هو أمر بعد حظر، لأن الكتابة بيع الرجل ماله بماله، فإن العبد ماله، وكسبه من ماله، فبيع بعضه ببعض أكل مال بالباطل، فيدخل في النهي عن أكل المال بالباطل، وإذا كانت الكتابة محظورة في الأصل، فالأمر بها بعد ذلك أمر بعد حظر، فلا يفيد الوجوب بناء على القاعدة، لكن يستحب كتابة ذى الكسب والأمانة.

وإن قلنا الأمر بعد الحظر للإباحة، لما في ذلك من تحرير الرقبة، وذلك مطلوب شرعاً.

واختار أبو بكر عبد العزيز في تفسيره: أن الكتابة في هذه الحالة واجبة وذكرها في التتبيه رواية وهو متجه^(٢). وقال ابن السبكي: الكتابة فهي مستحبة.

وعن صاحب "التقريب" حكاية قول: إنها تجب بطلب العبد^(٣).

(١) سورة النور، من الآية/ ٣٣.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ١٦٨ - طبعة أولى سنة ١٩٨٣م - دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٣) الإبهاج في شرح المنهاج ج٢ ص ٤٥.

الفرع الثاني:

أمره - ﷺ - بالنظر إلى المخطوبة: هو أمر بعد حظر. فيقتضى الإباحة، بناء على القاعدة، وهذا أحد الوجهين للحابطة وهو إباحة النظر، لا استحبابه.

والوجه الثاني- وجزم به جماعة منهم: أبو الفتح الحلواني، وابن عقيل، وصاحب الترغيب- استحباب النظر إلى المخطوبة؛ لأنه - وإن كان أمراً بعد حظر - لكنه معلل بعلّة تدل على أنه أريد بالأمر الندب، وهى قوله - ﷺ - (انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤم بينكما).^(١)، ^(٢)

ثانياً- ما يفيد النهى الوارد بعد الوجوب:

إذا وردت صيغة نهى بعد أمر، فهل تدل على التحريم، أم تدل على الإباحة؟
خلاف بين القائلين بأن صيغة الأمر بعد الحظر تدل على الإباحة.

فقد ذهب البعض: إلى أن صيغة النهى الواردة بعد أمر تدل على الإباحة، لأن تقدم الأمر للوجوب قرينة على أن صيغة النهى عقبه تدل على أن النهى المقصود منه رفع الوجوب، وإذا ارتفع الوجوب بقى الفعل على إباحته.

(١) رواه الإمام الترمذى والإمام أحمد بن حنبل عن المغيرة بن شعبه. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن - سنن الترمذى - كتاب النكاح - باب ما جاء فى النظر إلى المخطوبة ج٣ ص ٣٨٨، معتمد الإمام أحمد ج٤ ص ٢٤٦.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ١٦٩، التمهيد فى تخرىج الفروع على الأصول للإمام الأمئوى ص ٢٧٢، مؤسسة الرسالة بيروت، الإبهاج فى شرح المنهاج ج٢ ص ٤٥.

وذهب البعض: إلى أن صيغة النهى الواردة بعد الوجوب

تدل على التحريم.

ووجهتهم في ذلك:

أن صيغة النهى تقتضى ترك الفعل، وهو الأصل،
والتحريم إنما هو لدرء المفسد، والإباحة لجلب المصالح، ودرء
المفسد مقدم على جلب المصالح، ولأنه إذا اجتمع الحلال
والحرام غلب جانب الحرمة على الإباحة.

أما القائلون: بأن صيغة الأمر الواردة بعد الحظر
للاجوب، فلا خلاف بينهم في أن صيغة النهى الواردة بعد الأمر
للتحريم^(١).

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٣٥، منهاج العقول ج٢ ص ٣٤-٣٥، الإيهام في شرح
المنهاج ج٢ ص ٤٥-٤٦.

المبحث الرابع

فيما يدل عليه الأمر المطلق من المرة أو التكرار

الأمر نوعان: أحدهما: مطلق. وثانيهما: مقيد.

والأمر المقيد: إما أن يكون مقيداً بالمرة أو بالتكرار، أو يكون مقيداً بشرط أو صفة.

فإن كان الأمر مقيداً بالمرة، كقولنا: أكرم محمداً مرة، أو مقيداً بالتكرار، كقولنا: أكرم محمداً ثلاث مرات، فلا خلاف بين علماء الأصول في أن الأمر في هذه الحالة يكون مقيداً لما قيد به من المرة أو المرات.

وإن كان الأمر مقيداً بشرط: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾^(١) أو مقيداً بصفة: مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(٢) فسيأتي أنه يتكرر قياساً لا لفظاً.

أما إن كان الأمر مطلقاً غير مقيد بالمرة أو بالتكرار ولا بشرط ولا بصفة كقولنا: اعط محمداً درهماً، فهل يدل على المرة أو يدل على التكرار، أو لا يدل على واحد منهما بخصوصه، اختلف الأصوليون في ذلك على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: أن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا يدل على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية من غير إشعار بمرة أو تكرار، إلا أنه لا يمكن إبخال تلك الماهية في الوجود بأقل من المرة الواحدة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور

(١) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

(٢) سورة النور، من الآية/ ٢.

به، وليست المرة مما وضع له الأمر، وإلى هذا ذهب كثير من الأصوليون، واختاره الأمدى وابن الحاجب والقاضى البيضاوى والإمام الرازى^(١).

المذهب الثاني: أن الأمر المطلق يدل على التكرار المستوعب لزمان العمر بشرط الإمكان، وإلى هذا ذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمين وأبو إسحاق الشيرازى والأستاذ أبو إسحاق الأسفرايينى^(٢).

المذهب الثالث: أن الأمر المطلق يدل على المرة، ولا يدل على التكرار، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعى وأكثر الشافعية، أبو على الجبائى وأبو هاشم، وأبو عبد الله البصرى، وجماعة من الحنفية^(٣).

المذهب الرابع: التوقف، قالوا: وهو محتمل لشينين.

أحدهما: أن يكون مشتركاً بين التكرار والمرة فيتوقف إعماله فى أحدهما على قرينة.

والثانى: أنه لأحدهما ولا نعرفه فيتوقف لجهلنا بالواقع. وإلى هذا ذهب القاضى أبو بكر وجماعة وإمام الحرمين^(٤).

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٣٦-٣٧، الإحكام للأمدى جـ ٢ ص ١٤٣، شرح العنبد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٨٢، المحصول جـ ١ ص ٢٣٧، الإبهاج جـ ٢ ص ٤٧، البحر المحيط جـ ٢ ص ٣٨٥، شرح الجلال على جمع الجوامع جـ ١ ص ٤٨٠، إرشاد الفحول ص ٩٧.

(٢) للمع للشيرازى ص ٨، شرح التمع، جـ ١ ص ٢٢٠، الإبهاج جـ ٢ ص ٤٨.

(٣) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٣٧، البحر المحيط جـ ٢ ص ٣٨٦، المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ ١ ص ٩٨ وما بعدها، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٥١.

(٤) البحر المحيط جـ ٢ ص ٣٨٨، البرهان لإمام الحرمين جـ ١ ص ١٦٤ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٩٨.

الأدلة

استبدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الأمر يصح أن يرد مقيداً بالمرة أو المرات، كما يقال: 'أكرم محمداً مرة أو مرات، وليس فيه تكرار ولا نقض، إذ لو كان الأمر دالاً على المرة لكان تقييده بالمرة تكراراً وبالمرات نقضاً، ولو كان دالاً على التكرار لكان تقييده به تكراراً وبالمرة نقضاً، ولزوم التكرار أو النقص باطل، وإذا ثبت صحة تقييد الأمر بالمرة والمرات من غير لزوم نقض أو تكرار، كان الأمر دالاً على مطلق الطلب، ولا يدل على مرة ولا على تكرار وهو المطلوب والمدعى^(١).

نوقش هذا الدليل:

بأنه لا يثبت به المدعى وهو دلالة الأمر على مطلق الطلب من غير إفادة مرة أو مرات، لأن عدم النقص أو التكرار ليس لازماً لدلالة الأمر على مطلق الطلب، إنما هو لازم عن أمر آخر، وذلك أن المرة الواحدة داخلة في المرات لأنها فرد من أفرادها فلا تكرار ولا نقض، إذ الأمر يدل بمقتضاه على المرة الواحدة، والدلالة على المرة دلالة ظاهرية، فإذا ورد الأمر بالتصريح بها يكون نصاً في إفادته المرة، وإذا ورد الأمر بالتصريح بخلاف الظاهر كالمرات، فحينئذ يكون صرفاً للأمر

(١) نهاية السؤل ج ٢ ص ٣٧.

عن ظاهره إلى ذلك الغير الذى أريد، فقد صرح بصرف الأمر عن ظاهره وأريد به ذلك الغير فلا نقض^(١).

واستدلوا ثانياً فقالوا:

إن الأمر المطلق ورد استعماله فى التكرار شرعاً مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(٢)، وقوله سبحانه وتعالى ﴿ وَالسَّارِقَ وَالسَّارِقَةَ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^(٣)، وورد مع التكرار عرفاً، مثل: احفظ دابتي، وأحسن إلى الناس. كما ورد استعماله فى المرة شرعاً، مثل: قوله سبحانه وتعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مِنْ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٤)، وورد مع المرة عرفاً كقول القائل لغيره: ادخل الدار، واشتر اللحم، والأصل فى الاستعمال الحقيقة، فبطل أن يكون اللفظ حقيقة فى واحد منهما مجازاً فى الآخر، لأن المجاز خلاف الأصل، أو أن يكون مشتركاً لفظياً بينهما، لأنه خلاف الأصل كذلك، لاحتياجه إلى تعدد فى الوضع والقرائن، وثبت أن اللفظ حقيقة فى كل منهما وأنه وضع للقدر المشترك بينهما وهو طلب الماهية، وهو المطلوب والمدعى.

(١) مناهج العقول ج ٢ ص ٣٦.

(٢) سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.

(٣) سورة المائدة، من الآية/ ٣٨.

(٤) سورة آل عمران، من الآية/ ٩٧.

نوقش هذا الدليل:

بأن اللفظ لو كان موضوعاً لطلب الماهية لكان استعماله في المرة أو التكرار مجازاً، لأن اللفظ الموضوع للأعم إذا استعمل في الأخص كان مجازاً.

وأيضاً: الألفاظ موضوعة للمعاني الذهنية، ومن المعلوم أن المعاني الخارجية غير المعاني الذهنية، وبذلك يكون استعمال لفظ الأمر في التكرار أو المرة استعمالاً له في غير ما وضع له فيكون مجازاً، وفي ذلك تكثير للمجاز وهو خلاف الأصل، فوجب الرجوع إلى القول بأنه حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر، نقليلاً للمجاز^(١).

وأجيب عن ذلك:

بأن استعمال الأمر في المرة أو التكرار ليس استعمالاً له في الأخص من حيث خصوصه حتى يكون مجازاً فيهما، وإنما هو استعمال للأعم في الأخص من حيث إن الأعم يتحقق في الأخص، ولا نسلم أن استعمال الأعم في الأخص من حيث إن الأخص يحقق الأعم يكون مجازاً. وكيف يكون مجازاً والأخص من الأفراد التي وضع لها اللفظ.

والقول بأن الألفاظ وضعت للمعاني الذهنية، وأن المعاني الذهنية غير المعاني الخارجية، وبذلك يكون استعمال اللفظ في المعاني الخارجية مجازاً غير مسلم، لأن المعاني الخارجية وإن

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٣٧ - ٣٨.

كانت غير المعاني الذهنية إلا أن استعمال اللفظ في المعاني الخارجية حقيقة، لأن المعاني الخارجية محققة للمعاني الذهنية كتحقيق العام في الخاص، وكما قلنا: إن استعمال الأعم في الأخص من حيث إن الأخص يحققه من قبيل الحقيقة وليس من قبيل المجاز^(١).

واستدلوا ثالثاً فقالوا:

إن الأمر المطلق لو كان دالاً على التكرار للزم من ذلك أمران:

الأول: أن يكون الفعل المأمور به مستغرقاً لجميع الأزمنة التي يعيشها المكلف، لأن الأمر لم يعين زمناً للفعل، فتخصيصه ببعض الأزمنة - دون البعض - يعتبر تحكماً وترجيحاً بلا مرجح، ولا شك أن ذلك تكليف بما لا يطاق.

والثاني: أن يكون الأمر الثاني ناسخاً للأمر وإذا لم يمكن الجمع بين الأمرين، كما لو أمره بصلاة ثم أمره بصلاة أخرى، أو أمره بصوم ثم أمره بصوم آخر، لأن استغراق الفعل الأول للزمان يزول باستغراق الفعل الثاني لهذا الزمان، فيكون المتأخر ناسخاً للمتقدم.

وكلا الأمرين باطل، أما الأول: فلأن وقوع التكليف بما لا يطاق متفق على منعه لقوله سبحانه وتعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾^(٢).

(١) أصول للفقه للشيخ زهير ج ٢ ص ١٥٤ - ١٥٥.

(٢) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٦.

وأما الثاني: فأنه لم يوجد من يقول إن الأمر الثاني لا يعتبر نسخاً للأمر الأول إذا كان الأمران بفعلين من جنس واحد.

وإذا ثبت بطلان دلالة الأمر على التكرار، كان الأمر دالاً على مطلق الطالب من غير تقييد بمرة أو مرات وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم أن هذا الدليل يلزم منه التكليف بما لا يطاق، لأن من يقول بأن الأمر يفيد التكرار اشترط لذلك شرطاً وهو أن يكون الإتيان بالفعل ممكناً، ومع وجود هذا الشرط لا يكون هناك تكليف بما لا يطاق.

وأيضاً لا يلزم منه النسخ، لأن النسخ إنما يلزم إذا كان الأمر الثاني مطلقاً غير مخصص ببعض الأوقات شرعاً أو عقلاً، ومثل هذا غير واقع في الشرع، ولو وقع لالتزم الخصم وقوع النسخ، وأما إذا كان الأمر الثاني مخصوصاً ببعض الأوقات، فلا يلزم منه نسخ الأول بل تخصيصه، ولا امتناع في ذلك^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

أولاً: أن سيدنا أبا بكر - رضي الله عنه - قاتل مانعي الزكاة واستند في تكرار الزكاة عليهم إلى قوله سبحانه وتعالى

(١) نهاية السؤل جـ ٢، ص ٣٨، منهاج العقول جـ ٢، ص ٣٦ - ٣٧، الإبهاج في شرح المنهاج جـ ٢، ص ٥٠ - ٥١.

﴿وآتوا الزكاة﴾^(١)، وكان ذلك بحضرة الصحابة فلم يخالفوه فيما استند إليه، فكان ذلك إجماعاً سكوتياً منهم على أن الأمر يفيد التكرار، وإلا لما سكتوا على تلك المخالفة، ولما صح لأبي بكر أن يقاتل منعى الزكاة لكونهم قد امتثلوا بدفع الزكاة في عهد النبي - ﷺ - .

نوقش هذا الدليل:

بأنه يجوز أن يكون سيدنا أبو بكر ومن معه من الصحابة قد فهموا أن الأمر في الآية للتكرار بواسطة قرائن خارجية، ككون الرسول - ﷺ - أخذها منهم مراراً في أعوام متعددة، والأمر إذا انضمت إليه قرينة تدل على التكرار يفيد التكرار اتفاقاً وليس ذلك من محل النزاع، وإذا ثبت أن وجوب التكرار ثابت بالقرائن الخارجية وليس بدلالة الأمر المطلق، كان موضوعاً لمطلق الطلب، وإنما قلنا هذا جمعا بين الأدلة^(٢).
واستدلوا ثانياً فقالوا:

الأمر كالنهي بجامع أن كلا منهما يفيد الطلب، والنهي يفيد التكرار فيكون الأمر مفيداً للتكرار كذلك.
نوقش هذا الدليل بما يأتي:

١- هذا قياس في اللغة، واللغة لا تثبت بالقياس، إنما تثبت بالنقل عن الواضع، بأنه وضع الأمر لمطلق الطلب، أو التكرار،

(١) سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.

(٢) نهاية السؤل ج٢ ص ٤٠، مناهج العقول ج٢ ص ٣٨، الإبهاج ج٢ ص ٥١-٥٢.

فقياس الأمر على النهي باطل.

- ٢- سلمنا أن اللغة تثبت بالقياس، ولكن قياس الأمر على النهي بجامع الطلب بينهما قياس مع الفارق، وذلك لأن النهي يقتضى عدم الماهية وعدمها إنما يكون بعدم الإتيان بها فى أى فرد من أفرادها، بخلاف الأمر فإنه يقتضى طلب الماهية، والماهية تتحقق ولو بفرد واحد من أفرادها، فمقتضى التكرار موجود فى النهي وليس موجوداً فى الأمر.
- ٣- منعه أن يكون النهي مقتضياً للتكرار، بل نقول إن النهي كالأمر فما ثبت للأمر يثبت للنهي، ونحن ننازع فى أن الأمر يفيد التكرار فيكون النهي مثله^(١).

واستدلوا ثالثاً فقالوا:

لو لم يدل الأمر المطلق على التكرار، لكان دالاً على المرة، وحينئذ يلزم امتناع ورود النسخ وعدم جوازه، لأن النسخ قبل الفعل يلزم منه البداء وهو ظهور المصلحة بعد خفائها وهو على الله تعالى محال، والنسخ بعد الفعل ممتنع أيضاً لكونه عبثاً لعدم التكليف، والعبث على الله تعالى محال فبعد الفعل ليس هناك تكليف حتى يجوز نسخه، والنسخ جائز وواقع، فدل على أن الأمر يفيد التكرار وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل خارج عن محل النزاع، لأن محل النزاع فى الأمر المطلق المجرد عن القرائن، ونحن نقول: إنه يدل على مطلق الطلب، وهذا الدليل إنما أثبت دلالة الأمر على التكرار

(١) الإيهاج ج٢ ص ٥٢، مناهج العقول ج٢ ص ٣٨ - ٣٩.

بالقرينة فالنسخ قرينة على إفادة الأمر التكرار، ونحن لا نمنع ذلك، لأن ورود النسخ للأمر دليل على أنه للتكرار.

الثاني:

لا نسلم عدم جواز النسخ قبل الفعل، بل هو جائز ولا يلزم منه البداء، والمصلحة لا تخفى على الله سبحانه وتعالى، بل النسخ قبل الفعل جائز وواقع، فقد أمر سيدنا إبراهيم -عليه السلام- بذبح ابنه، والأمر بالذبح لا يفيد التكرار، ومع ذلك نسخ الأمر قبل الفعل، وبهذا بطلت دعواكم من أن الأمر المطلق يفيد التكرار، وثبت أنه موضوع لمطلق الطلب وهو المطلوب^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن الأمر عند إطلاقه يتبادر منه المرة، ولذلك يعتبر الشخص ممثلاً بفعل المأمور به مرة واحدة، فلو قال السيد لعبده: ادخل الدار يفهم منه طلب الدخول مرة واحدة ولا يعقل إلا هذا، فإذا دخل مرة كان ممثلاً أما المرة الثانية والثالثة فغير مأمور بها، فدل ذلك على أن الأمر موضوع للمرة الواحدة وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

يمنع تبادر المرة من الأمر المطلق، بل الواقع أن الأمر لا يتبادر منه شيء، وامتنال المأمور بفعل المرة إنما جاء من جهة أن المرة هي أقل ما يتحقق به الامتنال، وليس لكون الأمر موضوعاً للمرة بخصوصها، فإن من وكل غيره بتطبيق زوجته،

(١) نهاية المول ج ٢ ص ٤٠ - ٤١، مناهج العقول ج ٢ ص ٣٩، الإبهاج في شرح المنهاج ج ٢ ص ٥٢.

ليس له إلا تطليقة واحدة، لكون الأمر المطلق لا يتحقق إلا بها لأنها فرد من أفرادها، والتوكيل يضمحل بها، أى ينتهى عقد التوكيل بقيام الموكل بما كلف به وهو التطليقة الواحدة^(١).

واستدل أصحاب المذهب الرابع بما يأتى:

أولاً: لو كان الأمر دالاً على المرة أو التكرار لما حسن الاستفسار عند سماع صيغة "افعل" لظهور المراد منها، لكن الاستفسار حسن وجائز عند سماع تلك الصيغة هل المراد من الأمر مرة أو مرات؟ بدليل أن الأقرع بن حابس وهو من أهل اللسان لما سمع النبي - ﷺ - يقول (يا أيها الناس إن الله قد فرض عليكم الحج فحجوا)^(٢) قال أفى كل عام يا رسول الله أم فى عامنا هذا؟ فلم ينكر الرسول - ﷺ - استفساره فكان حسناً، وهو لم يستفسر إلا لفهمه أن الأمر يحتمل أكثر من معنى، فدل هذا على الاشتراك، فيجب التوقف.

نوقش هذا الدليل:

لا نسلم أن حسن الاستفسار دليل على الاشتراك، بل قد يكون لجهل السامع بالمعنى المراد من الأمر، أو يكون لتأكيدة فينتقل من الظن إلى اليقين، فيحسن الاستفسار عن أفراد

(١) مناهج العقول ج ٢ ص ٤٠ - ٤١، فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت، ج ١ ص ٣٨٣، شرح للعقد ج ٢ ص ٨٣.

(٢) أخرجه الإمام مسلم عن أبى هريرة - صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الحج - فرض الحج مرة فى العمر ج ٣ ص ٤٨١ - ٤٨٢.

المتواطئ إذا ورد كان يقال: اعتق رقبة، فيستفسر عنها أمومة هي أم كافرة سليمة أم معيبة ويحسن ذلك^(١).

ثانياً: لو كان الأمر موضوعاً للمرة أو التكرار لثبت ذلك بدليل وهو إما العقل، ولا مدخل للعقل في اللغات، أو النقل: وذلك إما بطريق الآحاد والآحاد لا تكفى لأنها لا تنفي إلا الظن.

وإما بطريق التواتر لأنه يرفع الخلاف وهو غير موجود هنا، بدليل وجود الاختلاف في هذا، فيتعين القول بالتوقف.

وأجيب عن ذلك:

بأننا نختار أن الأمر موضوع لمطلق الطلب، وهو لا يتحقق إلا بوجود الفعل مرة، وثبت هذا بدليل ظني وهو كافٍ هنا^(٢).

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشتها يتبين لنا رجحان المذهب الأول: من أن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية من غير إشعار بمرة أو تكرار، إلا أنه لا يمكن إدخال تلك الماهية في الوجود بأقل من المرة الواحدة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور به، وليست المرة مما وضع له الأمر.

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكاني حيث قال: بعد ذكر المذاهب وأدلتها "إذا عرفت جميع ما حررناه، تبين أن القول الأول هو الحق الذي لا محيص عنه، وأنه لم يأت أهل الأقوال المخالفة له بشئ يعتد به"^(٣).

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٤١، الإبهاج في شرح المنهاج جـ ٢ ص ٥٣.

(٢) مناهج العقول جـ ٢ ص ٤٠، شرح المضد جـ ٢ ص ٨٣.

(٣) إرشاد الفحول ص ٩٩.

ثمرة الخلاف

تفرع على الخلاف السابق بعض الفروع منها ما يلي:

الفرع الأول: الصلاة بتيمم واحد عدداً من الفرائض:

ذهبت الشافعية والمالكية إلى أن المتيّم لا يصلى إلا فريضة واحدة وله أن يصلى ما شاء من النوافل، وإليه ذهب ابن جرير الطبري^(١).

وذهبت الحنفية إلى أن المتيّم يصلى بالتيمم ما شاء من الفرائض والنوافل، ولا ينتقض التيمم إلا بما ينتقض به للوضوء أو برؤية الماء، وإلى مثل ذلك ذهب ابن حزم، وهو مذهب الحسن^(٢).

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها، وصلى به فوائت إن كانت عليه، والتطوع إلى أن يدخل وقت صلاة أخرى ولا يصلى بالتيمم فريضتين في وقتين^(٣).

دليل الجمع:

قوله سبحانه وتعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين وإن كنتم جنباً فاطهروا وإن كنتم

(١) مغنى المحتاج للشريني ج ١ ص ١٠٣ - دار إحياء التراث العربى، بيروت، قوانين الأحكام الشرعية للفتحية لابن جزى الفرناطى ص ٤٣ تحقيق طه سعد - عالم الفكر، الشرح الكبير للشيخ الدردير ج ١ ص ١٥١ - مطبعة عيسى الحلبي.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ج ١ ص ٩٥ - مطبعة مصطفى محمد بمصر.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ١ ص ٢٦٦ - ٢٦٧ - طبعة سنة ١٩٧٢م - دار الكتاب العربى بيروت لبنان.

مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه»^(١).

فمن ذهب إلى أن الأمر لا يقتضى التكرار، لم يوجب التيمم لكل فريضة، كما لم يوجب الوضوء لكل فريضة أيضاً. ومن ذهب إلى أنه يقتضى التكرار، أوجب تكرار الوضوء والتيمم لكل فريضة، إلا أنه ادعى أن الأمر بتكرار الوضوء قد نسخ، فبقى التكرار فى التيمم قائماً، أو أن السنة قد أخرجت المتوضئ ما لم يحدث، فلم توجب عليه تكراراً^(٢).

قال ابن جرير الطبرى بعد أن عرض القولين، قال : "وأولى القولين فى ذلك عندنا بالصواب من قال : يتيمم المصلى لكل صلاة لزمه طلب الماء للتطهر لها فرضاً، لأن الله جل ثناؤه أمر كل قائم إلى الصلاة بالتطهر بالماء، فإن لم يجد الماء فالتيمم، ثم أخرج القائم إلى الصلاة من كان قد تقدم قيامه إليها للوضوء بالماء، سنة رسول الله - ﷺ - إلا أن يكون قد أحدث حدثاً ينقض طهارته، فيسقط فرض الوضوء عنه بالسنة، وأما القائم إليها وقد تقدم قيامه إليها بالتيمم لصلاة قبلها، ففرض التيمم له لازم بظاهر التنزيل، بعد طلبه الماء إذا أعوزه"^(٣).

(١) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

(٢) أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية للخن ص ٣٢١، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٧٧ - ٧٨ - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٢م مؤسسة الرسالة بيروت.

(٣) تفسير ابن جرير الطبرى ج ٥ ص ١١٥.

الفرع الثاني: الأمر باجابة المؤذن:

إذا سمع مؤذناً بعد مؤذن، فهل يستحب إجابة الجميع لقوله - ﷺ - (إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول ثم صلوا على....)^(١) أم تختص الإجابة بالمؤذن الأول؟

فيه خلاف للسلف حكاه القاضي عياض في شرح صحيح مسلم^(٢).

وجاء في الدر المختار: وإذا تكرر الأذان أجاب الأول، سواء أكان مؤذن مسجده أم غيره، لكن قال ابن عابدين: ويظهر لى إجابة الكل بالقول، لتعدد السبب وهو السماع، كما اعتمده بعض الشافعية^(٣).

وقال الإمام النووي: وإذا سمع مؤذناً بعد مؤذن، فالمختار: أن المتابعة سنة مؤكدة يكره تركها لتصريح الأحاديث

(١) أخرجه الإمام مسلم وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص - صحيح مسلم يشرح النووي - كتاب الصلاة - استحباب القول مثل قول المؤذن لمن سمعه جـ ٢ ص ١٢، سنن أبي داود - كتاب الصلاة - باب ما يقول إذا سمع المؤذن جـ ١ ص ١٤٤.

(٢) شرح شرح النووي على صحيح مسلم جـ ٢ ص ١٥ - مطبوعات الشعب تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة.

(٣) الدر المختار على حاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٢٦٦ - ٢٦٧ - طبعة ثانية سنة ١٤٠٧ هـ - دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.

الصحيحة بالأمر بها، وهذا يختص بالأول لأن الأمر لا يقتضى التكرار، وما أصل الفضيلة والثواب في المتابعة فلا يختص^(١).

وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: إجابة الأول أفضل إلا أذاني الصبح فلا أفضلية فيهما، لتقدم الأول ووقوع الثانى فى الوقت، وإلا أذانى الجمعة لتقدم الأول ومشروعية الثانى فى زمنه - ❦ - .

وقال الإمام الإسئوى: والذى قاله الشيخ عز الدين أمثل منه أن يقال: إن لم يصل فتستحب الإجابة مطلقاً، ويكون الأول أكد، إلا فى الصبح والجمعة على ما سبق، وإن كان قد صلى، فحيث استحبنا الإعادة فى جماعة أجاب، لأنه مدعو بالآذان الثانى أيضاً، وإلا فلا^(٢).

الفرع الثالث: إذا قال لآخر: طلق بالإطلاق فماذا يملك؟

إذا قال لأمراته طلقى نفسك، أو قال لأجنبى طلق عنى فلاته ولم ينو عدداً، فمن قال إن الأمر يقتضى التكرار أجاز للمرأة أو للوكيل الطلاق طلقة واثنين وثلاثاً.

(١) المجموع شرح المذهب للإمام النووى ج٣ ص ١٢٥ - مطبعة الإمام بمصر، معنى المحتاج للتشريع ج١ ص ١٤٠ - دار إحياء التراث العربى بيروت.

(٢) التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للإسئوى ص ٢٨٤.

وأما من قال لا يقتضى التكرار فعنده لا تملك المرأة أو
الوكيل إلا طلاقاً واحدة^(١).

الفرع الرابع: قطع يسرى السارق:

قال الحنفية: لا يجوز قطع يسرى السارق، إذا سرق
ثانية، لأن الأمر في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢) لا يقتضى التكرار ولا يحتمله فلا تقطع من
الأيدى إلا يمين السارق^(٣).

وقال الشافعية: أن السارق يؤتى على أطرافه الأربعة
عملاً بالآية السابقة، لأن الأمر مقتضاه التكرار فيتكرر بتكرر
السرقه^(٤).

وكذلك إذا تكررت السرقة في العين الواحدة، فيتكرر
القطع عند الشافعية، ولا يتكرر عند الحنفية.

(١) اثر الاختلاف في القواعد الأصولية للخن ص ٣٢٢.

(٢) سورة المائدة ، من الآية/ ٣٨.

(٣) كشف الأسرار للبزدوى ج١ ص ١٣١ وما بعدها، أحكام القرآن للجصاص ج٤
ص ٧١ وما بعدها، اللباب في شرح الكتاب ج٣ ص ٢٠٨ الطبعة الرابعة سنة
١٩٧٩م- دار الحديث حمص بيروت.

(٤) تكملة المجموع شرح المذهب للأستاذ محمد حسين العقبى ج٨، ص ٣٣٣-
مطبعة الإمام بمصر.

المبحث الخامس

فيما يفيد الأمر المعلق بشرط أو صفة

إذا علق الأمر على شرط مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾^(١) وقوله: "إذا زالت الشمس فصلوا"، أو علق على صفة مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(٢) وقوله سبحانه وتعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾^(٣) فهل يقتضى تكرار المأمور به بتكرار الشرط والصفة أم لا؟ خلاف بين الأصوليين فى ذلك فالقاتلون بأن الأمر المطلق يفيد التكرار اتفقوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة يفيد التكرار كذلك.

وأما القاتلون بأن الأمر المطلق لا يفيد التكرار، فقد اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب:
المذهب الأول: أن الأمر يتكرر بتكرر الشرط والصفة من جهة اللفظ.

المذهب الثانى: أن الأمر المعلق على شرط أو صفة لا يقتضى تكرار الأمر بتكرار الشرط والصفة لا من جهة اللفظ ولا من جهة القياس، وإلى هذا ذهب الأمدى وابن الحاجب وأبو إسحاق الشيرازى.

المذهب الثالث: أن الأمر المعلق على الشرط أو الصفة لا يقتضى التكرار بتكرار الشرط والصفة من جهة اللفظ، إنما

(١) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

(٢) سورة النور، من الآية/ ٠٣.

(٣) سورة المائدة، من الآية/ ٣٨.

يقتضى تكرار الأمر بتكرار الشرط والصفة من جهة القياس، وإلى هذا ذهب الإمام الرازي والقاضي البيضاوي^(١).

وقبل ذكر أدلة المذاهب لابد من تحرير محل النزاع في هذه المسألة، حيث حرر الأمدى وابن الحاجب والهندي محل النزاع فيها فقالوا: ما علق به المأمور من الشرط أو الصفة، إما أن يثبت كونه علة لوجوب الفعل المأمور به، كالزنا، في قوله سبحانه وتعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ وقولنا: إن كان هذا المانع خمراً فهو حرام، فإن الحكم يتكرر بتكرره اتفاقاً من القائلين بالقياس.

وإن لم يثبت كونه علة، بل توقف الحكم عليه من غير تأثير له، كالإحصان الذي يتوقف عليه الرجم فهو محل الخلاف^(٢).

أما الإمام الرازي: فقد أجرى الخلاف مطلقاً، ولم يفتصل في هذه المسألة^(٣).

ولقد وفق الإمام الزركشي بين كلام الأمدى والإمام الرازي فقال: "وقد يجمع بينهما: بأن الأمدى فرض الكلام مع القائلين بأن ترتيب الحكم على الوصف يفيد العلية، والإمام تكلم في أصل المسألة، مع الخلاف في الموضوعين"^(٤).

(١) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٤٩-١٥٠، شرح العضد ج٢ ص ٨٣، المحصول للإمام الرازي ج١ ص ٢٤٣، شرح الإسئوى نهاية السؤل ج٢ ص ٤٢-٤٣، البحر المحيط للزركشي ج٢ ص ٣٨٨ وما بعدها، للمع ص ٨.

(٢) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٥٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٨٣، البحر المحيط ج٢ ص ٣٨٩، الإبهاج ج٢ ص ٥٤.

(٣) المحصول للإمام الرازي ج١ ص ٢٤٣.

(٤) البحر المحيط للزركشي ج٢ ص ٣٨٩.

الأدلة

أستدل أصحاب المذهب الأول:

بأنه لو لم يكن الأمر المعلق على شرط أو صفة مفيداً للتكرار لفظاً لما تكرر الأمور به بتكرار الشرط أو الصفة، لكن الأمور به يتكرر بتكرار الشرط أو الصفة، فكان الأمر المعلق بكل منهما مفيداً للتكرار لفظاً، لأن الأصل في الإفادة أن تكون بواسطة اللفظ.

دليل الملازمة:

أن تكرار الأمور به تابع للتكليف به، والتكليف إنما يستفاد من الخطاب، فإذا لم يكن الخطاب مفيداً للتكرار لم يكن المكلف مكلفاً بالتكرار.

دليل الاستثنائية:

قوله سبحانه وتعالى ﴿وإن كنتم جنباً فاطهروا﴾^(١).
وقوله سبحانه وتعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾^(٢) فإن الغسل يتكرر بتكرار الجنابة، والقطع يتكرر بتكرار السرقة.

نوقش هذا الدليل:

بأن تكرر الحكم فيما ذكرتم جاء من جهة أن كلام الشرط والوصف قد قام الدليل على أنه علة للحكم، والمعلول يتكرر بتكرار علته اتفاقاً، ولذلك إذا لم يثبت أن الشرط علة للحكم، لا يتكرر الحكم بتكرار الشرط كالأمر بالحج فإنه معلق بشرط هو الاستطاعة ومن المتفق عليه أن الحج لا يتكرر

(١) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

(٢) سورة المائدة، من الآية/ ٣٨.

بتكررها، ومن هنا يعلم أن اللفظ بمقتضاه لم يفد التكرار، ولكن التكرار قد يستفاد من شيء آخر ككون الشرط أو الوصف علة للحكم، وهذا خارج عن محل النزاع^(١).
واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:
أولاً:

استدلوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة لا يفيد التكرار من جهة اللفظ: بأن الأمر المعلق بشرط أو صفة يقتضي توقف الأمر على الشرط أو تلك الصفة، وذلك التوقف محتمل لأن يكون بالنسبة للمرة الواحدة وبالنسبة لجميع المرات، والدال على الأعم من حيث هو أعم لا دلالة له على الأخص من حيث خصوصه، وبذلك لا يكون الأمر المعلق بشرط أو صفة دالاً على تكرار الأمر بتكرار الشرط أو الصفة.
ثانياً:

استدلوا على أنه لا يفيد التكرار من جهة القياس: بأن تعليق الأمر على الشرط أقوى من تعليقه على العلة، لأن العلة تتعدد والشرط لا يتعدد، وتعليق الأمر على الشرط لا يدل على تكرار المشروط بتكرار الشرط، فإن من قال لو كي له: طلق زوجتي إن دخلت الدار، لا يقتضي هذا القول الإذن للوكيل بتعدد الطلاق تبعاً لتعدد الشرط وهو الدخول، فتعليق الأمر على العلة لا يدل على تكرار المعلول بتكرار العلة بطريق الأولى، وإذا ثبت ذلك ثبت أن تعليق الأمر على الشرط أو الصفة لا يدل على التكرار، لأن أقصى ما يفيد التعليق عليهما العلية، وقد قلنا إن تعليق الأمر على العلة لا يفيد تكرار المعلول بتكرار علته.

(١) أصول الفقه للشيخ زهير ج ٢ ص ١٦١ - ١٦٢.

نوقش هذا:

بأن العلة أقوى من الشرط لأنها تؤثر بطرفي الوجود والعدم. والشرط إنما يؤثر بطرف عدم فقط، ولذلك قالوا يلزم من وجود العلة وجود المعلول ومن عدمها عدم المعلول، ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط، وإذا يكون تعليق الحكم على العلة أقوى من تعليقه على الشرط.

وإذا ثبت أن ترتيب الأمر على الوصف أو الشرط يفيد أن كلا منهما علة للأمر، فقد ثبت أن تعليق الأمر بكل منهما يفيد التكرار من جهة القياس لأن العلة كلما وجدت يوجد المعلول^(١).
واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي:

أولاً:

استدلوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة لا يفيد التكرار من جهة اللفظ بوجهين:
الأول: أن ثبوت الحكم مع الصفة أو الشرط يحتمل التكرار، كالأمر بالطهارة المعلق على شرط الجنابة، وكالأمر بالقطع المعلق على السرقة.

ويحتمل عدم التكرار كما إذا قال السيد لعبده: إن دخلت السوق فاشتر اللحم، فهو يعد ممثلاً بأشترائه مرة، فإذا احتملها كان أعم، والعام لا يقتضي الخاص، وبذلك لا يكون اللفظ دالاً على التكرار بخصوصه.

(١) الأحكام للامدّى ج ٢ ص ١٥١، شرح للعبد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٨٣، للمع في أصول الفقه للشيرازي ص ٨، أصول الفقه للشيخ زهير ج ٢ ص ١٦٠ - ١٦١.

الثاني: لو قال الشخص لوكيله: إن دخلت زوجتي الدار فطلقها، لا يقتضى هذا القول الإنذن للوكيل فى طلاق الزوجة كلما دخلت الدار، بل الوكيل لا يملك إلا إيقاع الطلاق عليها مرة واحدة عند حصول الشرط، ولو كان الأمر مقتضياً للتكرار لفظاً، لكان الوكيل مأذوناً بإيقاع الطلاق أكثر من مرة.

ثانياً:

استدلوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة يفيد التكرار قياساً: بأن ترتب الحكم على الشرط أو الصفة يدل على أن كل منهما علة للحكم، ولا شك أن المعلول يتكرر بتكرار علته، فيكون الأمر المعلق بالشرط أو الصفة مفيداً للتكرار بالقياس.

نوقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بقول الشخص لوكيله: إن دخلت زوجتي الدار فطلقها، فإن هذا أمر معلق على شرط وهو يقتضى أن الشرط علة فى الطلاق، ومع ذلك لم يتكرر الطلاق بتكرار الشرط.

وأجيب عن ذلك:

بأن هذا التعليق وإن أفاد أن الشرط علة للطلاق إلا أن هذه العلة لا تعتبر، لأن الشارع الحكيم لم يجعل الدخول علة للطلاق، وإنما الذى جعله هو الشخص المطلق ولا عبرة بجعله هذا، لأنه ليس له سلطة التشريع فى الأحكام، وهذا هو السر فى أن الطلاق لم يتكرر بتكرار الدخول^(١).

(١) مناهج للقول ج٢ ص ٤١ - ٤٢، نهاية السؤل ج٢ ص ٤٣ - ٤٤، الإبهاج ج٢ ص ٥٦ - ٥٧.

المبحث السادس

هل الأمر المطلق يفيد الفور أو التراخي؟

الأمر إما أن يكون مقيداً بزمن يقع فيه الفعل، أو يكون غير مقيداً بزمن، فإن كان مقيداً بزمن سواء أكان الزمن مساوياً للفعل كشهر رمضان، فإنه مساوٍ للصوم المأمور به، أم كان الزمن أزيد من الفعل كوقت الظهر، فإنه أكثر من الفعل المأمور به، ولا خلاف في أن الأمر المقيد بزمن يفيد إيقاع الفعل فيما قيد به من الزمن.

أما إذا كان الأمر غير مقيد بزمن يقع فيه الفعل، بأن كان أمراً مطلقاً فهل يدل على الفور، أم على التراخي؟.

اختلف الأصوليون في ذلك: فالقائلون بأن الأمر المطلق يفيد التكرار، اتفقوا على أنه يفيد الفور كذلك، لأن التكرار يقتضى استيعاب الزمن بالفعل، والاستيعاب يلزمه الإتيان بالفعل في أول زمان الإمكان وهو ما يقصد من الفور.

وأما القائلون بأن الأمر المطلق لا يفيد التكرار، اختلفوا فيما بينهم على مذاهب أربعة:

المذهب الأول:

أن الأمر المطلق لا يدل على الفور وعلى التراخي، وإنما يدل على طلب الفعل فقط، وإلى هذا ذهب الجمهور من الشافعية والحنفية، واختاره الأمدى وابن الحاجب والإمام الرازي والقاضى البيضاوى.

المذهب الثاني:

أن الأمر المطلق يفيد الفور، أى الإتيان بالفعل المأمور به فى أول زمن يمكنه الإتيان به بحيث إذا أخر المكلف عنه يكون عاصياً بالتأخير، وإلى هذا ذهب الكرخى من الحنفية وبعض المالكية والحنابلة.

المذهب الثالث:

أن الأمر المطلق يدل على الفور، فيجب الفعل فى أول الوقت، أو العزم على الإتيان به فى ثلث الحال، وإلى هذا ذهب القاضى أبو بكر الباقلانى.

المذهب الرابع:

الأمر مشترك لفظى بين الفور والتراخى، فلا يفيد واحداً منهما بخصوصه إلا بقرينة فإن لم توجد القرينة على أحدهما بخصوصه توقف فى فهم المراد منه حتى تقوم القرينة، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين الجوينى^(١).

(١) الإحكام للأمدى جـ ٢ ص ١٥٣-١٥٤، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٨٤، المحصول للإمام الرازى جـ ١ ص ٢٤٧، نهاية السؤل جـ ٢ ص ٤٧، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٥٦-٣٥٧، فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت جـ ١ ص ٣٨٧-٣٨٨، إحكام الفصول فى أحكام الأصول للباغى ص ٢١٢- طبعة أولى سنة ١٩٨٦م- دار الغرب الإسلامى بيروت، البرهان لإمام الحرمين جـ ١ ص ١٦٨، وما بعدها، المسودة فى أصول الفقه ص ٢٤- مطبعة المنلى بمصر.

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الأمر المطلق يصح أن يرد مقيداً بالفور أو التراخي، كما يقال: افعل هذا الآن، أو بعد شهر، وليس فيه تكرار ولا نقض، إذ لو كان الأمر دالاً على الفور لكان تقييده بالفور تكراراً وبالتراخي نقضاً، ولو كان دالاً على التراخي لكان تقييده به تكراراً وبالفور نقضاً، ولزوم التكرار أو النقص باطل، وإذا ثبت صحة تقييد الأمر بالفور والتراخي من غير لزوم نقض أو تكرار، كان الأمر دالاً على مطلق طلب الفعل ولا يدل على فور ولا على تراخ وهو المطلوب والمدعى.

ثانياً:

أن الأمر المطلق ورد مع الفور في قوله سبحانه وتعالى ﴿آمِنُوا بِاللّٰهِ وَرَسُولِهِ﴾^(١) كما ورد مع التراخي في قول الرسول - ﷺ - (إن الله كتب عليكم الحج فحجوا)^(٢). فيلزم من ذلك أن يكون موضوعاً للقدر المشترك، وهو طلب الفعل فيكون الأمر حقيقة فيه، وإلا لزم الاشتراك أو المجاز وهما خلاف الأصل^(٣).

(١) سورة الحديد، من الآية/ ٧.

(٢) أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة - صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الحج - فرض الحج مرة في العمر جـ ٣ ص ٤٨١ - ٤٨٢.

(٣) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٤٧، مناهج العقول جـ ٢ ص ٤٥، الإبهاج في شرح المنهاج جـ ٢ ص ٥٩.

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:
أولاً:

بقوله سبحانه وتعالى لإبليس عليه اللعنة ﴿ ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك ﴾ ^(١).
وجه الاستدلال من الآية:

أن الأمر الوارد في قوله سبحانه وتعالى ﴿ اسجدوا لآدم ﴾ ^(٢)، يدل على الفور، فلو لم يكن الأمر دالاً على الفور لما ذم الله تعالى إبليس على تركه السجود لسيدنا آدم، ولكان لإبليس أن يقول: فيم الذم؟ وأنت لم تأمرني بالسجود في الحال ولى أن اسجد في المستقبل، وإذا ثبت الذم على ترك المأمور به، ثبت أن الأمر يدل على الفور وهو المطلوب والمدعى.
نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم بأن الأمر الوارد في الآية بالسجود يدل على الفور بمجرد، إنما دل على الفور بالقرينة فهي التي أثبتت الفورية ودلت عليها، وهذه القرينة الواردة في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فإذا سويته ونفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين ﴾ ^(٣).

فالأمر بالسجود لسيدنا آدم مقيد بزمن التسوية ونفخ الروح فيه، بقرينة قوله سبحانه وتعالى ﴿ فقعوا له ساجدين ﴾

(١) سورة الأعراف، من الآية/ ١٢.

(٢) سورة الأعراف، من الآية/ ١١.

(٣) سورة الحجر، آية/ ٢٩، سورة من، آية/ ٧٢.

فإن الفاء للتعقيب والترتيب فتدل على الفور، فيكون وقوع السجود زمن تسويته ونفخ الروح فيه، فالفور ثابت بالقرينة لا مجرد الأمر، فيكون هذا الدليل خارج عن محل النزاع^(١).

ثانياً:

استدلوا بقوله سبحانه وتعالى ﴿ وسارعوا إلى مغفرة من ربكم ﴾^(٢).

وجه الاستدلال من الآية:

أن الله تعالى أمر بالمسارعة، وهي التعجيل بفعل الطاعة المأمور به لأنه سبب في مغفرة الله تعالى، والمغفرة من فعل الله، لا من فعل العبد، فالأمر بالمسارعة إلى مغفرة الله تعالى مجاز من باب إطلاق اسم المسبب وإرادة السبب، لأن فعل الطاعة سبب في المغفرة، وإذا ثبت الأمر بالمسارعة والتعجيل إلى فعل المأمورات، والأمر يقتضي الوجوب كانت المسارعة وهي المبادرة إلى فعل المأمور به واجبة، وبذلك يثبت أن الأمر يدل على الفور، لأن معنى المسارعة التعجيل بفعل المأمور به، ولا معنى للفور إلا هذا، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

إننا لا نسلم أن الفورية مستفادة من الأمر، إنما استفيدت

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٤٧ - ٤٨، منهاج العقول ج٢ ص ٤٥، الإبهاج في شرح المنهاج ج٢ ص ٥٩ - ٦٠، إرشاد الفحول ص ١٠٠ - ١٠١.

(٢) سورة آل عمران، من الآية/ ١٣٣.

من مادة المسارعة، فإن هذه المادة تفيد الفور سواء وقعت في الخبر أو وقعت في الإنشاء وبذلك لا يكون نفس الأمر مفيداً للفور.

وإن أريد أن الآية أفادت التعجيل بفعل المأمورات، والتعجيل بفعلها هو ما يقصد بالفور، وبذلك تكون الآية دالة على أن الأوامر الطالبة لفعل هذه المأمورات للفور فهذا مسلم، ولكن الفورية إذا لم تستند من نفس الصيغة إنما استقيدت بقرينة خارجة عن صيغة الأمر، وليس ذلك من محل النزاع.

الثاني:

لا نسلم أن الآية دالة على الفورية في الأوامر، لأن المسارعة، معناها مباشرة الفعل في وقت مع جواز الإتيان به في وقت آخر، وبذلك تكون الآية مفيدة لجواز التراخي، فلا يكون الأمر للفور، وعليه فلا يثبت المدعى^(١).

ثالثاً:

استدلوا بأن لو لم يكن الأمر للفور لكان التأخير جائزاً، لكن التأخير غير جائز، فكان الأمر مفيداً للفور، وهو المطلوب والمدعى.

أما الملازمة: فإن الأمر إما أن يكون موجباً للفور، فيتعين الإتيان بالفعل في أول زمن الإمكان ولا يجوز التأخير، وإما أن

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٤٨، مناهج العقول جـ ٢ ص ٤٥ - ٤٦، الإبهاج في شرح المنهاج جـ ٢ ص ٦١.

يكون غير موجب للفور فيجوز التراخي بالفعل فى أى وقت من الأوقات.

وأما الاستثنائية فمن وجهين:

الأول: أن جواز التأخير إما أن يكون مشروطاً بالإتيان ببذل الفعل وهو العزم، أو غير مشروط بذلك، فإن كان مشروطاً بالبذل: اقتضى ذلك أن المكلف متى أتى بالبذل فقط سقط عنه الفعل، لأن شأن البذل أن يقوم مقام المبدل منه وهو باطل، لأن الأمر لا يسقط إلا بالفعل.

وإن كان غير مشروط بالبذل لم يكن الفعل واجباً، لأنه قد جاز تركه بغير بدل، ولا معنى لغير الواجب إلا ما جاز تركه بلا بدل.

الثانى: أن جواز التأخير إما أن يكون مؤقتاً بوقت ينتهى إليه، أو غير مؤقت بوقت وكلا الأمرين باطل، لأن التأخير إن كان مؤقتاً بوقت تعين أن يكون هذا الوقت هو الوقت الذى يخاف فيه المكلف عدم الإتيان بالمأمور به لو أخر إليه، وهذا هو وقت كبر السن أو المرض الشديد وظاهر أن هذا ليس مضبوطاً، لأن المكلف قد يموت وهو صغير وقد يموت فجأة، دون أن يمرض، وقد يموت غيلة، مقتضى هذا أن المكلف فى هذه الحالة لا يكون آمناً بعدم الإتيان، لأن التأخير كان جائزاً، وإذا لم يأت بالترك لم يكن الفعل واجباً عليه وهو باطل، لأن الأمر يفيد الوجوب.

وإن كان التأخير غير مؤقت بوقت ينتهى إليه اقتضى أن التأخير إلى أى وقت شاء جائز للمكلف، وهذا يوجب جواز

الترك دائماً، وجواز الترك دائماً يقضى بأن الفعل غير واجب، وهو باطل.

نوقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بما إذا صرح الشارع بجواز التأخير، مثل أن يقول: أوجبت عليك هذا الفعل ولك أن تفعله في أي وقت تشاء، أو ولك التأخير، فإن هذا الأمر يجوز فيه التأخير اتفاقاً وهو غير مؤقت بزمان، ومقتضى هذا أنه يترتب عليه ما رتبوه على جواز التأخير عند عدم التصريح به، فما كان جواباً لكم يكون جواباً لنا^(١).

رابعاً:

استدلوا: بأن الأمر كالنهي بجامع الطلب في كل منهما، والنهي يوجب الفور لأنه يقتضى ترك المنهى عنه في الحال وإلى الأبد، فكذا الأمر يقتضى طلب المأمور به على الفور، وفعله في الحال.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

قياس الأمر على النهي وإثبات الفور في الأمر قياساً في اللغة، واللغة لا تثبت بالقياس وإنما تثبت بالنقل عن أهل اللغة، فهذا قياس باطل.

(١) نهاية السؤل جـ ٢ ص ٤٨ - ٤٩، مناهج العقول جـ ٢ ص ٤٦، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٨٩، إرشاد الفحول ص ١٠١.

الثاني:

قياس الأمر على النهي قياس مع الفارق، لأن دلالة النهي على الفور ضرورية، وذلك أن النهي يقتضي ترك المنهى عنه عقب وروده لأنه يدل على الامتناع، ولا يتصور التراخي في الامتناع، فلا يكون الشخص المنهى ممثلاً إلا إذا امتنع وترك المنهى عنه فور علمه بالنهي، بخلاف الأمر فدلالته على الفورية ليست ضرورية، لأنه يدل على طلب حقيقة وماهية الفعل من غير تقييد^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن المكلف مخير بين خصال الكفارة على البذل الدال عليها قوله سبحانه وتعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين الآية ﴾^(٢)، فلو أتى بأحدى الخصال أجزأه ذلك وكان ممثلاً، وإذا تركها جميعاً كان عاصياً.

والأمر المطلق تتحقق فيه هذه الظاهرة، بمعنى أن المكلف إن أتى بالمأمور به سقط عنه التكليف، وإن لم يأت به وعزم على الفعل لم يكن عاصياً، فإن ترك الفعل والعزم معاً كان عاصياً، وبذلك يكون العزم قائماً مقام الفعل في عدم التأثيم،

(١) نهاية السؤل ج ٢ ص ٤٩، مناهج العقول ج ٢ ص ٤٧، تيسير التحرير ج ١ ص ٣٥٧ - ٣٥٨، إرشاد الفحول ص ١٠٠.

(٢) سورة المائدة، من الآية/ ٨٩.

فيكون الأمر مقتضياً إما الفعل وإما العزم على الفعل، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن هناك فرقاً بين الواجب المخير والواجب المطلق، لأن الواجب المخير يسقط بفعل أى فرد من أفرادها، والواجب المطلق لا يسقط إلا بالفعل ولا يسقط بالعزم.

وأيضاً وجوب العزم على المكلف لم يأت من خصوص الأمر الطالب للفعل وإنما جاء من الإيمان لأن الإيمان يحتم على المكلف امتثال الأوامر أو العزم على الامتنال، والكلام فيما يوجبه خصوص الأمر، والأمر إنما يطلب الفعل فقط دون العزم^(١).

واستدل أصحاب المذهب الرابع:

بأن طلب الفعل محقق، وجواز التأخير مشكوك فيه، لاحتمال أن يكون للفور فيعصى بالتأخير، فوجب البدار إليه ليخرج عن العهدة بيقين، وينسب هذا للإمام الجويني وهذا الدليل يناقى مذهبه، لأنه من القائلين بالتوقف.

نوقش هذا الدليل:

بأن التأخير لا نسلم أنه مشكوك فيه، بل التأخير جائز حقاً لما تقدم من الأدلة^(٢).

(١) مناهج العقول جـ ٢ ص ٤٧، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٥٩، إرشاد الفحول ص ١٠١.

(٢) مناهج العقول جـ ٢ ص ٤٧ - ٤٨، فوائد الرحموت جـ ١ ص ٣٩٠، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٥٩ - ٣٦٠، إرشاد الفحول ص ١٠١.

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشتها، يتبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائل: بأن الأمر المطلق لا يدل على الفور ولا على التراخي، وإنما يدل على طلب الفعل فقط، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض، ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الغزالي والأمدى والإمام الرازي والشوكاني.

فقد قال الإمام الغزالي "والمختار أنه لا يقتضى إلا الامتنال، ويستوى فيه البدار والتأخير"^(١).

وقال الأمدى: "والمختار أنه مهما فعل، كان مقدماً أو مؤخراً كان ممثلاً للأمر، ولا إثم عليه بالتأخير، والدليل على ذلك أن الأمر حقيقة في طلب الفعل لا غير، فمهما أتى بالفعل فى أى زمان كان، مقدماً أو مؤخراً، كان آتياً بمدلول الأمر، فيكون ممثلاً للأمر، ولا إثم عليه بالتأخير، لكونه آتياً بما أمر به على الوجه الذى أمر به"^(٢).

وقال الإمام الرازي: "والحق أنه موضوع لطلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور، وبين طلبه على التراخي، من غير أن يكون فى اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً"^(٣).

وقال الشوكاني: "فالحق قول من قال إنه لمطلق الطلب من غير تقييد بفور ولا تراخ"^(٤).

(١) المستقصى للإمام الغزالي ج٢ ص ٩.

(٢) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٥٤.

(٣) المحصول للإمام الرازي ج١ ص ٢٤٧.

(٤) إرشاد الفحول للإمام الشوكاني ص ١٠١.

ثمره الخلاف

تفرع على الخلاف السابق بعض الفروع منها ما يأتي
الفرع الأول: المبادرة إلى أداء الزكاة:

اختلف الفقهاء بناء على الخلاف السابق فيمن ملك نصاب الزكاة، وحال عليه الحال، وتمكن من إخراج الزكاة، هل الواجب إخراجها على الفور فلا يجوز تأخيرها مع القدرة عليه؟ ذهب الحنابلة: إلى أن الإخراج على الفور، وعللوا هذا الحكم بأن الأمر يقتضى الفور، جاء فى المغنى: "وتجب الزكاة على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه والتمكن منه، إذا لم يخش ضرراً، ثم قال فى معرض الاستدلال على هذه المسألة: "ولنا أن الأمر المطلق يقتضى الفور على ما ينكر فى موضعه، ولذلك يستحق المؤخر للامتثال العقاب"^(١). وإلى مثل ذلك ذهب الإمام مالك فى أصل المذهب^(٢). وأما الحنفية فلم فى ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: للمزكى التأخير ولا يثم بذلك، وذلك لأن مطلق الأمر لا يقتضى الفور، وجاء فى البدائع: "وقال عامة مشايخنا إنها على سبيل التراخى، ومعنى التراخى عندهم أنها تجب مطلقاً عن الوقت غير عين، ففى أى وقت أدى يكون مؤدياً للواجب، ويتعين ذلك الوقت للوجوب، وإذا لم يؤد إلى آخر العمر يتضيق عليه الوجوب، بأن بقى من الوقت قدر ما يمكنه الأداء فيه، وغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه يموت، فيفوت، فعند ذلك

(١) المغنى لابن قدامة ج٢ ص ٥٤١.

(٢) حاشية المصطفى ج١ ص ٥٠٣.

يتضيق عليه الرجوب حتى إنه لم يؤد فيه حتى مات يائماً^(١). وهذا القول لأبي بكر الرازي، وهو منقول عن محمد. القول الثاني: تجب الزكاة على الفور فيئتم بالتأخير مع الإمكان، وإلى هذا ذهب الكرخي، وقد بنى مذهبه على أن الأمر يقتضى الفور^(٢).

القول الثالث: تجب الزكاة على الفور، لا لأن مطلق الأمر يقتضى ذلك، بل لأن هناك قرينة تدل على الفورية، وهذا القول هو المختار، حيث جاء فى شرح فتح القدير: "والمختار أن الأمر بالصرف للفقير معه قرينة الفور، وهى أنه لدفع حاجته وهى معجلة، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام"^(٣).

وذهب الشافعية: إلى أن الزكاة واجبة على الفور، لا لأن الأمر يقتضى ذلك، بل لأن حاجة المستحقين ناجزة^(٤)، ولأنه حق لزمه وقدر على أدائه^(٥).

الفرع الثاني: قضاء الصوم لمن أفطر فى رمضان:

ومما تفرع على الخلاف السابق أيضاً، الخلاف فى قضاء الصوم لمن أفطر فى رمضان بعذر، كسفر أو مرض أو حيض. فذهب الحنابلة: إلى القول بوجوب المبادرة إلى القضاء، فلو أخره المكلف مع تمكنه منه إلى أن جاء رمضان آخر أثم،

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٢ ص ٣، دار الكتاب العربى بيروت لبنان سنة ١٩٨٢م.

(٢) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٢ ص ٣.

(٣) شرح فتح القدير ج ١ ص ٤٨٢ - ٤٨٣ طبعة أولى - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر.

(٤) مغنى المحتاج للشريني ج ١ ص ٤١٣.

(٥) حاشية الراملى على المنهاج ج ٣ ص ١٣٥، مطبعة مصطفى الحلبي.

ووجب عليه القضاء، ووجب مع القضاء كفارة للتأخير، وعلى هذا لا يصح صوم النافقة حتى تؤدي الفريضة.

ووجوب المبادرة للأمر في قوله سبحانه وتعالى ﴿فعدة من أيام أخر﴾^(١) والأمر يقتضي الفور^(٢).

وإلى مثل هذا ذهب الإمام الشافعي والإمام مالك رضي الله عنهما. وذهب الحنفية ما عدا الكرخي: إلى أن القضاء على التراخي وعلى هذا للمكلف أن يصوم ما شاء من النوافل^(٣).

الفرع الثالث: وجوب المبادرة إلى أداء فريضة الحج:

ومما تفرع على الخلاف السابق أيضاً، الخلاف في وجوب المبادرة إلى أداء فريضة الحج للمستطيع وعدم وجوبها.

فذهب الحنابلة: إلى أن الحج فرض على الفور، فمن وجب عليه الحج وأمكنه فعله، وجب عليه أن يبادر إلى أدائه، ولا يجوز له أن يؤخر، فإن أخر لغير عذر كان آثماً، وذلك لقوله سبحانه وتعالى ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمره لله﴾^(٥) والأمر على الفور^(٦).

وذهب الكرخي من الحنفية: إلى أن الحج على الفور تمثيلاً مع قوله: إن الأمر المطلق يقتضي الفور.

(١) سورة البقرة، من الآية/ ١٨٥.

(٢) القواعد والفوائد، لابن اللحام ص ٧٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٠٤.

(٤) سورة آ عمران، من الآية/ ٩٧.

(٥) سورة البقرة، من الآية/ ١٩٦.

(٦) للمغني لابن قدامة ج ٣ ص ١٧٤-١٧٥.

وذهب أبو يوسف: إلى أنه واجب على الفور، وهو قول
أبي منصور الماتريدي.

وذهب محمد بن الحسن: إلى أنه واجب على التراخي.
واختلفت الرواية عن الإمام أبي حنيفة: فنقل عنه مثل
قول أبي يوسف، ومثل قول محمد بن الحسن^(١).

وكان من قال بالفور من الحنفية في هذه المسألة ممن لا
يقول منهم: الأمر المطلق يقتضى الفور، كأنه نظر إلى أدلة
خارجة اعتبرها قرينة دالة على الفور فحكم به.

وذهب للشافعية: إلى أن الحج فرض على التراخي، أخذاً
من مدلول الأمر المطلق، واستدلوا على ذلك: بفعل
النبي - ﷺ - وأصحابه، إذ الحج فرض في السنة السادسة،
والرسول - ﷺ - لم يحج إلا في السنة العاشرة، ومعه من
أصحابه مياسير لا عذر لهم، فلو كان الحج واجباً على الفور لم
يجز التأخير^(٢).

ومع قولهم بالتراخي قالوا: إذا مات ولم يحج كان آثماً.
وذهب الإمام مالك: فيما نقله عنه العراقيون - وهو
المعتمد - إلى أنه واجب على الفور^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج٢ ص ١١٩.

(٢) حاشية الرملى على المنهاج ج٣ ص ٢٣٥.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٢.

المبحث السابع

الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده

الشئ المأمور به إما أن يكون له ضد واحد، مثل: صوم يوم العيد فالنهى عن صومه أمر بضده، وهو الفطر بلا خلاف، وإلا لأدى إلى التناقض ومثله: الأمر بالإيمان نهى عن الكفر. وإما أن يكون له أضداد مثل: الأمر بالقيام فإن له أضداداً من القعود والركوع والسجود والاصطجاع، ونحوها، فهذا هو محل الخلاف.

الكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين:

المقام الأول:

الكلام النفسانى، واختلف المثبتون له فى أن الأمر بشئ معين هل هو نهى عن ضده الوجودى؟ على مذاهب:

المذهب الأول: أن الأمر بالفعل هو نفس النهى عن ضده، من حيث اللفظ والمعنى بناء على أن الأمر لا صيغة له فإذا قال مثلاً: تحرك، فمعناه: لا تسكن، وأتصافه بكونه أمراً ونهياً باعتبارين، كاتصاف الذات الواحدة بالقرب والبعد بالنسبة إلى شيئين، وإلى هذا ذهب للشيخ أبو الحسن الأشعري والقاضى أبو بكر فى أول أقواله، والأستاذ أبو إسحاق والكعبى وأبو بكر الجصاص، وغيرهم.

المذهب الثانى: أن الأمر بالفعل ليس نهياً عن ضده لا لفظاً ولا يقضيه عقلاً، واختاره إمام الحرمين والإمام الغزالى وابن الحاجب، وغيرهم.

المذهب الثالث: أنه غيره، ولكنه يدل عليه بالالتزام، لأن الأمر دال على المنع من الترك، ومن لوازم المنع من ذلك منعه من الأضداد، فيكون الأمر دالا على المنع من الأضداد بالالتزام، وإلى هذا ذهب القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ، وأكثر الفقهاء، واختاره الأمدى والإمام الرازي، والقاضي أبو بكر في آخر أقواله، وغيرهم.

المقام الثاني:

بالنسبة إلى الكلام اللساني عند من رأى أن للأمر صيغة، وفيه ثلاثة مذاهب:

الأول:

أن الأمر يتضمن النهي عن الضد، وإلى هذا ذهب القاضي عبد الجبار، وأبو الحسين من المعتزلة.

الثاني:

أنه لا يدل عليه أصلاً، وجزم به الإمام النووي.

الثالث: أن أمر الإيجاب يكون نهياً عن أضداده ومقبهاً لها، لكونها مانعة من فعل الواجب، بخلاف المنسوب فإن أضداده مباحة غير منهي عنها، وإلى هذا ذهب بعض المعتزلة^(١).

(١) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٥٩، المستصفى للإمام الغزالي ج١ ص ٨١، البرهان لإمام الحرمين ج١ ص ١٧٩، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٨٥، شرح النعم للشيرازي ج١ ص ٢٦١، المحصول للإمام الرازي ج٢ ص ٢٩٣ وما بعدها، المعتمد لأبي الحسين البصري ج١ ص ٩٧، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص ٩٤ - طبعة ثانية سنة ١٩٨١م - مؤسسة الرسالة بيروت، البحر المحيط للزركشي ج٢ ص ٤١٦.

الأدلة

استدل القائلون بأن الأمر بالشئ نهى عن ضده:

بأن الشئ المأمور لما توقف وجوده وتحققه في الخارج على الإقلاع عن جميع أضداده الوجودية، وأنه يستحيل وجوده مع التلبس بأى ضد منها لأنهما لا يجتمعان، كان طلبه طالباً لترك جميع أضداده، فالطلب واحد ولكنه بالنسبة إلى أى ضد يكون نهياً تحريماً أو كراهة، كما يكون الشئ الواحد قريباً بالنسبة إلى شئ وبعيداً بالنسبة إلى شئ آخر، فيكون الأمر بالشئ نهياً عن ضده وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن ترك جميع الأضداد شرط عقلي لتحقيق الواجب ووجوده، والشرط غير المشروط ضرورة، فلا يكون طلب الواجب طالباً لشرطه لثبوت المغايرة بينهما، وإنما يكون مستلزماً له حيث قالوا: وجوب الشئ يقتضى وجود ما لا يتم الواجب إلا به، فيكون وجوبه لازماً بوجوب مشروطه، فالأمر بالشئ ليس نهياً عن ضده، بل يستلزم النهى عن ضده^(١).

واستدلوا أيضاً:

بأن فعل السكون عين ترك الحركة، وطلب فعل السكون طلب لترك الحركة، وطلب تركها هو النهى.

(١) تعليقات محمد حسن الشافعي على قواعد الأدلة في الأصول لابن السمعاني جـ ١ ص ١٢٦ - طبعة أولى سنة ١٩٩٧م دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

نوقش هذا الدليل:

بأن النزاع على هذا يرجع لفظياً في تسمية فعل المأمور به تركاً لضده وفي تسمية طلبه نهياً، فإن كان ذلك باعتبار اللغة فلم يثبت فيها ما يفيد ذلك.

أجيب عن ذلك:

بأننا نمنع كون النزاع لفظياً، بل هو في وحدة الطلب القائم بالنفس، بان يكون طلب الفعل عين طلب ترك ضده.

نوقش ثانياً:

بأننا نقطع بحصول طلب الفعل مع عدم خطور الضد، وإنما يتم ما ذكره من كون فعل السكون عين ترك الحركة فيما كان أحدهما ترك الآخر، لا في الأضداد الوجودية فطلب ترك أحدهما لا يكون طلباً للمأمور به، لأنه يتحقق تركه في ضمن ضد آخر^(١).

واستدل القائلون بأن الأمر بالشئ ليس نهياً عن

ضده بما يأتي:

أولاً:

لو كان الأمر بالشئ نهياً عن ضده أو متضمناً له، لكان الأمر بذلك الشئ متصوراً الضد ومتعقلاً به، لكن التالي باطل فبطل المقدم وثبت نقيضه.

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٠٣.

أما الملازمة:

فلأن الكف عن الضد هو مطلوب النهي، فيكون الضد محكوماً عليه بالحرمة أو بالكراهة والحكم على الشيء فرع عن تصوره.

وأما الاستثنائية:

فلأن نقطع أن الأمر بالفعل قد يأمر به وهو غافل عن أضداده والكف عنها.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم غفلة الأمر بالشيء حال أمره عن طلب ترك ما يمنع فعل المأمور به من جهة الجملة، وإن كان غافلاً عن تفصيله، وهذا هو المراد من قولنا: الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده، لأن الأمر لا يطلب الفعل المأمور به إلا إذا علم أن المأمور متلبس بضده لا به، وإلا لزم تحصيل الحاصل وهو باطل، وإذا كان الحال كذلك لزم أن يكون الأمر متعلقاً بالضد، وليس غافلاً عنه.

وعلاوة على ذلك فإننا لو أخذنا في اعتبارنا أن الأمر هو الله سبحانه وتعالى الذي لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء، ما تصورنا غفلة الأمر عن ضد المأمور به لا جملة ولا تفصيلاً.

الثاني:

أن هذا الدليل منقوض بوجوب المقدمة حيث قالوا: إن الخطاب الدال على إيجاب الشيء يدل على إيجاب ما يتوقف عليه

مع أن الأمر بالشئ قد يأمر به وهو غافل عما يتوقف عليه،
وحينئذ يكون قد حكم على المقدمة بالوجوب وهو غير متصور
لها، فما هو جوابكم هناك، يكون جواباً لنا هنا.

ثانياً استدلوأ:

بأنه لو كان الأمر بالشئ نهياً عن ضده أو مستلزماً له
لكان الأمر بالعبادة مخرجاً للمباح عن كونه مباحاً، وللواجبات
الأخرى عن كونها واجبة، لكن التالي باطل، فبطل المقدم وثبت
نقيضه وهو المطلوب والمدعى:

أما الملازمة:

فلأنه مما لا شك فيه أن أداء العبادة المطلوب بالأمر
يتوقف على ترك جميع المباحات والواجبات المضادة لها، فتكون
هذه المباحات والواجبات منهيأ عنها ومحرمة إن كان النهى
للتحريم، أو مكروهة إن كان النهى للتنزيه، ويلزم من ذلك
خروج المباح والواجب عن أصله من الإباحة والوجوب إلى
الحرمة والكراهة.

أما الاستثنائية:

فلما فيه من مخالفة الأصل والخروج بالشئ عن وصفه
الشرعى الذى وضع فيه.

نوقش هذا الدليل:

بأنه لا مانع من خروج المباحات بل الواجبات المضادة
للمأمور به عن كونها مباحة أو واجبة من حيث إنها مانعة، لأنها
فى هذه الحالة منهي عنها من جهة توقف وجود الواجب على

تركها، وهذا لا يستلزم كونها منهيّة عنها من حيث ذاتها حتى يلزم خروج الواجبات والمباحات من أصلها من الوجوب والإباحة إلى الحرمة والكراهة على الإطلاق، إذ من المعلوم المقرر أن الصلاة وهي واجبة تكون حراماً في الأرض المغصوبة فإنها في ذاتها غير منهي عنها، والنهي عنها من هذه الجهة لم يستلزم خروجها عن أصلها من وجوبها في ذاتها وعدم النهي عنها^(١).

ثالثاً استدلوأ:

بأن النهي عن الشيء لا يقتضي الأمر بضده، فكذلك الأمر بالشيء وجب أن لا يكون مقتضياً للنهي عن ضده.
نوقش هذا الدليل:

أنا لا نسلم ذلك، بل النهي عن الشيء يقتضي الأمر بضده، فإن كان له ضد واحد كالنهي عن الصوم يوم النحر فإنه يقتضي الأمر بضده وهو الإفطار، وإن كان له أضداد كالزنا فإنه يقتضي الأمر بضد من أضداده وهو أن يشتغل عنه بأكل أو نوم أو مشي أو غير ذلك من الأعمال فإنه يصير به تاركاً للزنا، فلم يفرق الحكم عندنا بين الأمر والنهي في ذلك^(٢).

(١) تعليقات محمد حسن الشافعي على قواعد الأدلة في الأصول لابن السمعاني ج ١

ص ١٢٧ - ١٢٨.

(٢) شرح اللع للشيرازي ج ١ ص ٢٦٣.

واستدل القائلون بأن الأمر بالشئ يدل على النهي عن ضده استلزاما:

بأن فعل المأمور به لما لم يتصور وجوده إلا بترك أصداده، كان طالبه مستلزما لطلب تركها، فيكون تركها واجبا ان كان الأمر للإيجاب ومنذوبا إن كان الأمر للنذب، وهو معنى كونها منهيّا عنها، غير أن النهي عن أصداد الواجب يكون نهى تحريم، وعن أصداد المندوب يكون نهى كراهة أو تنزيه.

وقد نوقش هذا الدليل بما نوقش به أدلة القائلين بأن الأمر بالشئ ليس نهيا عن ضده، وقد سبقت فلا داعي لتكرارها^(١).

واستدل القائلون بأن أمر الإيجاب يكون نهيا عن أصداده، بخلاف أمر النذب فلا يكون نهيا عن أصداده:

بأن الفعل الذى هو ضد المأمور به أمر إيجاب فإنه يخرج بفعله الذى به يكون ترك الواجب من الجواز الذى هو أصله إلى الحرمة. بخلاف الفعل الذى هو ضد المأمور به نذب فإنه لا يخرج بفعله والتلبس به الذى يكون به ترك المندوب حال طلبه عن الجواز الذى هو أصله إذ لزم على ترك المندوب، فلذلك كان الأمر بالإيجاب دالا على النهي عن ضده، بخلاف أمر النذب فلا يدل على النهي عن ضده وهو المطلوب والمدعى.

(١) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٦٠ - ١٦٢، تعليقات محمد حسن على قواطع الأدلة ج١ ص ١٢٧.

نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم بقاء ضد المندوب على أصله من الجواز حين يكون فعله محققاً لترك المندوب، بل يكون حينئذٍ مكروهاً لأن كل مغتور للمندوب يكون مكروهاً، ولا شك أن الكراهة غير الجواز لأن الكراهة فيها ترجح جانب الطرفين لا استوائهما، فيكون الفعل مكروهاً والنهي عنه مستفاد من الأمر بضده نهى كراهة وتنزيه لأن الأمر كان للندب^(١).

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشتها، يتبين لنا رجحان المذهب القائل: إن الأمر بالشئ يدل على النهى عن ضده استلزماً.

يؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكاني بعد عرض المذاهب وأدلتها حيث قال: "وإذا عرفت ما حررناه من الأدلة والبرود بها، فاعلم أن الأرجح في هذه المسألة أن الأمر بالشئ يستلزم النهى عن ضده"^(٢).

(١) تعليقات محمد حسن على قواعد الأدلة لابن السمعاني ج ١ ص ١٢٨.

(٢) إرشاد الفحول للإمام الشوكاني ص ١٠٤.

الفصل الثالث

مباحث متعلقة بالأمر

المبحث الأول

هل الأمر بالشئ، أمر بذلك الشئ من الأمر الأول؟

ومثال ذلك: قول النبي - ﷺ - لأولياء الصبيان (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع الحديث)^(١) وقوله - ﷺ - لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وقد طلق ابنه عبد الله امرأته وهي حائض (مره فليراجعها)^(٢).

ففي الحديث الأول صدر الأمر من الرسول - ﷺ - للأولياء بأن يأمر أولادهم بالصلاة لسبع سنين، وفي الثاني صدر الأمر منه - ﷺ - لعمر بأن يأمر ابنه بالمراجعة، فهل الصبيان مأمورون من الرسول بالصلاة، وهل ابن عمر مأمور

(١) رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أيضاً هو والحاكم والترمذي والإمام أحمد عن عبد الملك عن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده - سنن أبي داود - كتاب الصلاة - مروا الصبي بالصلاة - ج ١ ص ١٣٣ رقم ٤٩٤، ٤٩٥، مستدرک الحاكم - كتاب الصلاة - ج ١ ص ٢٥٨، سنن الترمذي - أبواب الصلاة - باب ما جاء متى يؤمر الصبي - ج ٢، ص ٢٥٩. مسند الإمام أحمد - ج ٣ ص ٤٠٤.

(٢) أخرجه الإمام البخاري ومسلم عن سالم عن ابن عمر، وأيضاً عن نافع عن ابن عمر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - كتاب الطلاق - باب ١ ج ٩ ص ٣٤٥ - ٣٤٦، باب ٢ ص ٣٥١، باب ٣، ص ٣٥٦، كتاب التفسير - تفسير سورة ٦٥ سورة الطلاق باب ١ ج ٨ ص ٦٥٣، كتاب الأحكام - باب هل يقضي القاضي أو يقضي وهو غضبان ج ١٣ ص ١٣٦ - ١٣٧.

من الرسول - ﷺ - بالمراجعة؟ اختلف الأصوليون لى ذلك على مذهبين:

المذهب الأول:

أن الصبيان ليسوا مأمورين بالصلاة من الرسول - ﷺ - وإنما هم مأمورون بها من الأولياء، وابن عمر مأمور بالمراجعة من عمر وليس مأموراً بها من الرسول - ﷺ - لأن الأمر بالأمر بشئ ليس أمراً بذلك الشئ من الأمر الأول، وإلى هذا ذهب الجمهور وصححه الإمام الرازى والآمدى وابن الحاجب^(١).

المذهب الثانى:

أن الأمر بالأمر بشئ، أمر بذلك الشئ من الأمر الأول، فالصبيان مأمورون بالصلاة من الرسول - ﷺ - كما هم مأمورون بها من الأولياء، وابن عمر مأمور بالمراجعة من الرسول - ﷺ - كما هو مأمور بها من أبيه عمر، نقله العالمى من الحنفية عن بعضهم، وحكى سليم الرازى فى كتابه "التقريب" ما يقتضى ذلك، ونصره العبدى وابن الحاجب^(٢).

(١) المحصول للإمام الرازى ج١ ص ٣٢٦-٣٢٧، الإحكام للآمدى ج٢ ص ٢٦٩،

شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٩٣، إرشاد الفحول ص ١٠٧.

(٢) البحر المحيط للزركشى ج٢ ص ٤١١، إرشاد الفحول ص ١٠٧.

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول:

بأنه كان الأمر بالأمر بالشئ أمراً بذلك الشئ، لكان قول القائل لسيد العبد: مر عبدك ببيع ثوبى، تعدياً على صاحب العبد بالتصرف فى عبده بغير إذنه، ولكان قول صاحب الثوب بعد ذلك للعبد لا تبعه مناقضاً لقوله للسيد مر عبدك ببيع ثوبى، لورود الأمر والنهى على فعل واحد.

لكن من قال لسيد العبد هذا القول السابق لا يكون متعدياً ولا مناقضاً، فدل ذلك على أن العبد ليس مأموراً من الأمر الأول، وإنما هو مأمور من السيد فقط، وبذلك فالأمر بالشئ ليس أمراً بذلك الشئ من الأمر الأول، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن من قال هذا القول لم يكن متعدياً، لأن العبد لا يكون مأموراً بأمره إلا إذا أمره السيد، وعند أمر السيد للعبد بالبيع يكون قد أنن له بطاعة الأجنبى، فلا يكون الأجنبى متعدياً بأمره للعبد.

وأجيب عن هذا:

بأن محل النزاع هل يكون المأمور الثانى مأموراً من الأمر الأول بمجرد صدور الأمر للمأمور أولاً يكون مأموراً، فالقول بأن أمر العبد من الأمر الأول متوقف على أمر السيد له فى غير محل النزاع.

الثاني:

أن من قال هذا القول لم يكن مناقضاً، لأن قول الأمر الأول للعبد لا يتبعه يعتبر ناسخاً للأمر، والنسخ لا يوجب التناقض^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

بأننا نفهم بأن الله سبحانه وتعالى إذا أمر رسوله - ﷺ - بأن يأمر الأمة بشئ أن الأمة تكون مأمورة من الله تعالى بذلك الشئ، كما نفهم بأن الملك إذا أمر وزيره بأن يأمر الرعية بشئ تكون مأمورة من الملك بذلك الشئ فلو لم يكن الأمر بالأمر بالشئ أمراً بذلك الشئ من الأمر الأول، لما كان هناك موجب لهذا الفهم، وحيث ثبت الفهم بهذا، كان الأمر بشئ أمراً بذلك الشئ من الأمر الأول، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن الفهم في الصورتين لم يأت من خصوص الأمر، وإنما جاء من قرينة أن الرسول مبلغ عن الله وأمره، وأن الوزير كذلك مبلغ عن الملك وأمره فكل منهما ليس أمراً إنما الأمر هو الله تعالى أو الملك^(٢).

(١) نهاية السؤل ج٢ ص ٤٩، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٩٣، فواتح الرحموت ج١ ص ٣٩١، إرشاد الفحول ص ١٠٧، أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٧١-١٧٢.

(٢) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٩٣، فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت ج١ ص ٣٩١، إرشاد الفحول ص ١٠٧، أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٧٢-١٧٣.

المبحث الثاني

هل الأمر بالمأهية المطلقة أمر بجزئياتها؟

الأمر بالمأهية الكلية هل يقتضى الأمر بها أو بشئ من جزئياتها على التعيين، أم هو أمر بفعل مطلق تصدق عليه المأهية ويخبر به عنها صدق الكلى على جزئياته من غير تعيين؟ اختلف الأصوليون فى ذلك مذهبين:

المذهب الأول:

أن الأمر بالمأهية المطلقة، كالأمر بالبيع مثلاً لا يكون أمراً بجزئياتها فمن أمر بالبيع لم يؤمر بالبيع بالغبن الفاحش أو بثمان المثل أو بالثمان الزائد أو المساوى أو غير ذلك، وإلى هذا ذهب بعض الشافعية منهم الإمام الرازى والأصفهانى والصفى الهندى، واختاره القرافى^(١).

المذهب الثانى:

أن الأمر بالمأهية المطلقة أمر بجزئياتها، فالمأمور بالبيع مأمور بجزئياته كالبيع بالغبن الفاحش وثمان المثل وغيرهما، وعليه أن يحقق المأهية فى أى جزئى من جزئياتها، ما لم يقم دليل على عدم إرادة ذلك الجزئى المعين، وإلى هذا ذهب الجمهور، واختاره الأمدى وابن الحاجب^(٢).

(١) المحصول للإمام الرازى جـ ٢ ص ٣٢٧، شرح تنقيح الوصول للقرافى ص ١٤٥ - طبعة أولى سنة ١٩٧٣م - مكتبة الكليات الأزهرية، البحر المحيط جـ ٢ ص ٤٠٩، إرشاد القحول ص ١٠٨.

(٢) الإحكام للأمدى جـ ٢ ص ١٧١، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٩٣، البحر المحيط جـ ٢ ص ٤٠٩.

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول:

بأن الماهية الكلية غير الجزئيات، لأن الماهية لم تؤخذ فيها المشخصات، والجزئيات قد روعى فيها المشخصات، والشخص إنما أمر بالماهية فلا يكون مأموراً بجزئياتها، لأن الصالح للأعم لا يصلح للأخص.

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

بأن الأمر بالماهية المطلقة لا يمكن امتثاله إلا بفعل الجزئيات لأن الماهية المطلقة لا وجود لها في الخارج باعتبار ذاتها وإنما توجد بوجود أفرادها، وحيث أمر المكلف بالماهية وكان الغرض من الأمر الامتثال، تعين أن يكون الأمر بالماهية أمراً بجزئياتها، ويكون المكلف مخيراً في تحقيق الماهية في أى جزئى من جزئياتها، ما لم يقدّر دليل على عدم إرادته فلا تتحقق الماهية في ذلك الجزئى.

وعلى ذلك: فمن وكل بالبيع فله أن يبيع بالغبن الفاحش، كما له أن يبيع بثمن المثل، أو بالثمن المساوى، ما لم تقم قرينة على أن الموكل لا يريد الغبن الفاحش، فلا يصح للوكيل أن يبيع بالغبن الفاحش^(١).

(١) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٧١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٩٣، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ج١ ص ٣٩٢-٣٩٣، إرشاد الفحول ص ١٠٨، أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٧٣-١٧٤.

المبحث الثالث

هل الأمران المتعاقبان للتأكيد

إذا صدر من الأمر أمران فلهما أحوال^(١):

أحدها:

أن يكونا غير متعاقبين، أى: لا يكون الثانى عقب الأول، فهما غيران بلا خلاف، ويجب العمل بهما سواء تماثلا، أم لا.

الثانية:

أن يتعاقبا ولكنهما مختلفان غير متماثلين فكذاك يجب العمل بهما قطعاً، وسواء أمكن الجمع بينهما كصل، وصم، أو امتنع كصل، وأدّ الزكاة.

الثالثة:

أن يتعاقبا ويتماثلا وهى قسمان:

أحدهما:

أن يكون هناك مانع من التكرار من عقل، أو شرع، أو عادة، فالثنائى تأكيد قطعاً.

ومثال ذلك: لقتل زيداً، اقتل زيداً، اعتق عبدك، اعتق عبدك، اسقنى ماءً، اسقنى ماءً، لاندفاع الحاجة بالأول فى العادة.

ثانيهما:

أن لا يكون هناك مانع من التكرار، وذلك نوعان.

(١) شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع للسيوطى من ١٤٦-١٤٧.

النوع الأول:

أن لا يعطف الثاني على الأول، مثل: صل ركعتين، صل ركعتين، أعط محمداً درهماً، أعط محمداً درهماً، فهل الأمران يكونان للتأكيد، أو يكونان للتأسيس، اختلف الأصوليون في ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول:

أن الأمرين للتأكيد، وإلى هذا ذهب الجبائي وبعض الشافعية واختاره ابن الهمام^(١).

القول الثاني:

أن الأمرين للتأسيس، وإلى هذا ذهب الإمام الرازي والآمدي والقاضي عبد الجبار، وعزاه الصنفى الهندى للأكثرين^(٢).

القول الثالث:

الوقف، لتعارض الأمرين، وإلى هذا ذهب أبو الحسين البصرى^(٣).

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم للثبوت ج١ ص ٣٩١، إرشاد الفحول ص ١٠٩.
(٢) المحصول للإمام الرازي ج١ ص ٣٧٠، الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٧٧، المعتمد لأبى الحسين البصرى، ج١ ص ١٦١، شرح للكوكب الساطع ص ٦٤٧.
(٣) المعتمد لأبى الحسين البصرى ج١ ص ١٦١-١٦٤، المحصول للإمام الرازي ج١ ص ٢٧٠.

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول:

بأن التأكيد فيه براءة للذمة وعدم شغلها بفعل جديد، والتأسيس فيه شغل للذمة بفعل آخر غير الفعل الأول، والأصل في الذمة البراءة.

وأيضاً: التكرير قد كثر في التأكيد، فكان الحمل على ما هو أكثر وإلحاق الأقل به أولى

توقفن هذا الدليل:

بأننا نمنع كون التأكيد أكثر في محل النزاع، فإن دلالة كل لفظ على مدلول مستقل هو الأصل الظاهر، ويمنع الاستدلال بأصلية البراءة أو ظهورها، فإن تكرار اللفظ يدل على مدلول كل واحد منهما أصلاً وظاهراً، لأن أصل كل كلام وظاهره الإفادة لا الإعادة.

وأيضاً: التأسيس أكثر والتأكيد أقل وهذا معلوم عند كل من يفهم لغة العرب^(١).

واستدل أصحاب القول الثاني:

بأن التأسيس فيه علم جديد بشئ لم يكون معلوماً، والتأكيد فيه تقرير لما علم أولاً، والأصل في الكلام أن يكون مفيداً لفائدة جديدة، فكان التأسيس أرجح من التأكيد.

(١) فوائح الرحموت شرح مسلم الشبوت جـ ١ ص ٣٩١ - ٣٩٢، إرشاد الفحول ص ١٠٩، أصول الفقه للشبخت زهير جـ ٢ ص ١٧٥.

وأيضاً: أن الأمر يقتضى الوجوب، والفعل الأول وجب بالأمر الأول، فيستحيل وجوبه بالأمر الثانى، لأن تحصيل الحاصل محال، فلو انصرف الأمر الثانى إلى الفعل الأول لزم حصول ما يقتضى الوجوب من غير حصول الأثر، وذلك غير جائز، فوجب صرفه إلى فعل آخر.

وأنا لو صرفنا الأمر الثانى إلى عين ما هو متعلق الأمر الأول، لكان الأمر الثانى تأكيداً، ولو صرفناه إلى غيره لأفاد فائدة زائدة.

وإذا وقع التعارض بين أن يفيد الكلام فائدة أصلية، وبين أن يفيد تأكيداً، فلا شك أن حمله على الأول أولى، فكان التأسيس أرجح من التأكيد^(١).

واستدل أصحاب القول الثالث:

بأن الأدلة متعارضة ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فالقول برأى معين يعتبر تحكماً وترجيحاً بلا مرجح، فكان الوقف أسلم.

نوقش هذا الدليل:

بأن أدلة التأسيس أرجح من أدلة التأكيد، فكان التأسيس هو المعتبر لأنه لا عبرة بالمرجوح مع وجود الراجح، وبذلك فالوقف لا معنى له^(٢).

(١) للمحصول للإمام الرزى ج١ ص ٢٧١، أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٧٥.

(٢) إرشاد الفحول ص ١٠٩، أصول الفقه للشيخ زهير ج٢ ص ١٧٥.

النوع الثاني: أن يعطف، وهو ضربان:

أحدهما:

ألا يكون هناك مرجح للتأكيد من أمر عادي، مثل: صل ركعتين وصل ركعتين، فقولان، أصحهما، أنه يجب الحمل على التأسيس فيتكرر المأمور به لظهور العطف فيه من غير معارض، وعليه ذهب الإسنوي^(١).

والثاني:

أنه يحمل على التأكيد فيجب مرة لأنه المتيقن.

الضرب الثاني:

أن يكون هناك مرجح للتأكيد من أمر عادي، مثل: صل ركعتين وصل الركعتين، فيقدم التأكيد لرجحانه بالتعريف، إذ القاعدة في المعروف بعد المنكر أنه عين الأول، مثل: قوله سبحانه وتعالى ﴿أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول﴾^(٢).

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص ٢٧٨.

(٢) سورة المزمل، من الأيتين/ ١٥، ١٦.

المبحث الرابع

الإتيان بالمأمور به هل يقتضى الإجزاء؟

إتيان المكلف بالمأمور به على وجهه الذى أمر به الشارع، وقع خلاف فيه بين علماء الأصول، هل يوجب الإجزاء أم لا ؟.

معنى الإجزاء:

الإجزاء يطلق باعتبارين:

أحدهما حصول الامتثال به.

والثانى: سقوط القضاء به.

فعلى الاعتبار الأول: أن الإتيان بالمأمور به على وجهه يقتضى تحقق الإجزاء بالاتفاق.

وعلى الاعتبار الثانى هو محل الخلاف، فقد اختلف فيه الأصوليون على قولين.

القول الأول:

أن الإتيان بالمأمور به على وجهه يستلزم سقوط القضاء، وإلى هذا ذهب الجمهور^(١).

القول الثانى:

أن الإتيان بالمأمور به على وجهه لا يستلزم سقوط القضاء، وإلى هذا ذهب أبو هاشم والقاضى عبد الجبار^(٢).

(١) البحر المحيط للزركشى ج٢ ص ٤٠٦، إرشاد الفحول ص ١٠٥.

(٢) الإحكام للأمدى ج٢ ص ١٦٢، المعتمد لأبى الحسين البصرى ج١، ص ٩٠.

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الإتيان بالمأمور به على وجهه لو لم يستلزم سقوط القضاء، لم يُعلم امتثالاً أبداً واللازم منتف فالملزوم مثله.

أما الملازمة:

فلأنه حينئذ يجوز أن يأتي بالمأمور به ولا يسقط عنه، بل يجب عليه فعله مرة أخرى قضاء، وكذلك القضاء إذا فعله لم يسقط كذلك.

وأما انتفاء اللازم: فمعلوم قطعاً واتفاقاً.

ثانياً:

أن القضاء عبارة عن استدراك ما قد فات من مصلحة الأداء والفرض أنه قد جاء بالمأمور به على وجهه ولم يفت منه شيء وحصل المطلوب بتمامه، فلو أتى به استدراكاً لكان تحصيلاً للحاصل، وهو باطل.

ثالثاً:

أن معنى الإجزاء هو الخروج عن عهدة الأمر، أو إنهاء ذلك الأمر في حقه، فتقول على هذا ممثّل الأمر كما أمر، فوجب أن يخرج عن عهدة الأمر، كالمولى إذا قال لفلان: اسقني فسقاه، يخرج عن عهده، وهذا لأن الأمر لا يقتضي الفعل إلا مرة واحدة، فإذا فعل المأمور ما اقتضاه هذا الأمر وجب أن لا يبقى عليه واجب آخر من جهة هذا الأمر، وإذا لم

يبقى عليه شيء من جهة الأمر لا بد أنه حكم بكون المفعول مجزئاً وهو يعنى خروجه عن عهدته، وهو كما لو نُهي عن شيء فانتهى، خرج عن عهدة النهي^(١).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

أولاً:

أن النهي لا يدل على الفساد بمجرد، فالأمر يجب أن لا يدل على الإجزاء بمجرد.

نوقش هذا الدليل:

بأننا إن سلمنا أن النهي لا يدل على الفساد، لكن الفرق بينه وبين الأمر أن نقول: النهي يدل على أنه منعه من فعله، وذلك لا يناقئ أن نقول: إنك لو أتيت به لجعله الله سبباً لحكم آخر.

أما الأمر فلا دلالة فيه على اقتضاء المأمور به مرة واحدة، فإذا أتى به فقد أتى بتمام المقتضى، فوجب أن لا يبقى الأمر بعد ذلك مقتضياً لشيء آخر.

ثانياً: أن كثيراً من العبادات يجب على الشارع فيها إتمامها، والمضى فيها، ولا تجزئه عن المأمور به، كالحجة الفاسدة، والصوم الذي جامع فيه.

نوقش هذا الدليل:

أن تلك الأفعال مجزئة بالنسبة إلى الأمر الوارد بتمامها، وغير مجزئة بالنسبة إلى الأمر الأول، لأن الأمر الأول اقتضى

(١) قواعد الأدلة لابن السمعاني ج ١ ص ١٢٣، إرشاد القبول ص ١٠٥.

إيقاع المأمور به، لا على هذا الوجه الذى وقع، بل على وجه آخر، وذلك الوجه بعد لم يوجد.

ثالثاً:

أن الأمر بالشئ لا يفيد إلا كونه مأموراً به، فلما أن الإتيان يكون سبباً لسقوط التكليف، فذلك لا يدل عليه مجرد الأمر.

نوقش هذا الدليل:

بأن الإتيان بتمام المأمور به يوجب أن لا يبقى الأمر مقتضياً بعد ذلك، وذلك هو المراد بالأجزاء^(١).

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(١) المحصول للإمام الرازى ج ١ ص ٣٢٣ - ٣٢٤، الأحكام للآمدى ج ٢ ص ١٦٤ - ١٦٥.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من هذا البحث المتواضع الذي أرجو أن أكون قد وفقت في كتابته فبني في ختام هذا العمل أسجل أهم نتائج البحث فيما يلي:-

١- اختلف العلماء في مدلول لفظ "أمر" في اللغة، فمنهم من اشترط فيه العلو، ومنهم من اشترط فيه الاستعلاء، ولكن الراجح في نظرنا هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من أن مدلول الأمر في اللغة هو: القول الطالب للفعل مطلقاً، سواء صدر هذا الأمر من الأعلى إلى الأدنى، أم من الأدنى إلى الأعلى، أم من المساوي.

٢- اختلف علماء الأصول في تعريف الأمر الاصطلاحي، والراجح في نظرنا هو تعريف القاضي البيضاوي، بأن الأمر: هو القول الطالب للفعل مطلقاً مجرداً عن القرائن.

٣- اختلف الأصوليون في استعمال الأمر في غير القول الطالب للفعل، كاستعماله في الشيء أو الصفة أو الفعل، هل يكون حقيقة كذلك أو يكون مجازاً، على مذاهب، والراجح هو مذهب الجمهور القائل: بأن لفظ الأمر حقيقة في القول المخصوص مجاز فيما عداه.

٤- اختلف علماء الأصول في صيغة الأمر المجردة عن القرائن، هل تدل على الوجوب؟ أم على الندب؟ أم على الإباحة؟ على مذاهب، والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الأصوليين من أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب فقط،

واستعمالها فيما عداه يكون مجازاً، وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية المذكورة في موضعها من البحث.

٥- في مسألة الأمر الوارد بعد التحريم، اختلف علماء الأصول فيما يدل عليه، هل يدل على الوجوب، أم على الإباحة، على مذاهب والراجح في نظرنا المذهب القائل: إن صيغة الأمر بعد التحريم للوجوب وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية المذكورة في موضعها.

٦- في الأمر المطلق اختلف الأصوليون في دلالاته، هل يدل على المرة أو التكرار، على مذاهب، والراجح هو المذهب القائل بأن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية من غير إشعار بمرة أو تكرار، إلا أنه لا يمكن إدخال تلك الماهية في الوجود بأقل من المرة الواحدة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور به، وليست المرة مما وضع له الأمر، وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية المذكورة في موضعها.

٧- اختلف الأصوليون في الأمر المطلق هل يفيد الفور أو التراخي على مذاهب، والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور: بأن الأمر المطلق لا يدل على الفور ولا على التراخي، وإنما يدل على طلب الفعل فقط وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية المذكورة في موضوعها.

٨- في مسألة الأمر بالشيء هل هو نهى عن ضده، اختلف علماء الأصول في ذلك إلى عدة مذاهب، أرجحها المذهب القائل: إن الأمر بالشيء يدل على النهى عن ضده استلزماً. هذه هي أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا البحث قد كشف عن موضوعه وأفصح عن مضمونه، كما أسأله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل مقبولاً وخالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به، إنه نعم المولى ونعم النصير.

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

مراجع البحث

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الإلهاج في شرح المنهاج لشيخ الإسلام، علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٥٦هـ، وولده تاج الدين عبد الوهاب ابن علي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ- الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل.
- ٣- الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين علي بن محمد الأمدي المتوفى سنة ٦٣١هـ، طبعة دار الاتحاد العربي للطباعة بالقاهرة، سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.
- ٤- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ، تحقيق أحمد محمد شاكر، طبعة ثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، دار التراث القاهرة، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٥- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، للدكتور مصطفى سعيد الخن، طبعة ثالثة سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان.
- ٦- إحكام الفصول في أحكام الأصول للإمام الباجي المالكي، تحقيق عبد المجيد تركي، طبعة أولى سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م دار الغرب الإسلامي- بيروت لبنان.
- ٧- أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ، مطبعة عبد الرحمن محمد

القاهرة، الناشر دار المصنف القاهرة تحقيق محمد الصادق قماوى.

٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للإمام محمد بن على الشوكاتى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، طبعة أولى. مطبعة مصطفى الحلبي.

٩- أصول السرخسى، للإمام محمد بن أحمد السرخسى، المتوفى سنة ٤٩٠هـ، طبعة أولى سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

١٠- أصول الفقه، للشيخ محمد أبى النور زهير، طبع دار الطباعة المحمدية بالقاهرة.

١١- البحر المحيط، للإمام محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى، الشافعى، المتوفى سنة ٧٩٤هـ، طبع دار الصفوة للطباعة والنشر بالغرقة تحرير ومراجعة د/ عمر سليمان الأشقر، د/ عبد الستار أبو غدة، طبعة ثانية سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

١٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى، المتوفى سنة ٥٨٧هـ، طبعة ثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار الكتاب العربى بيروت لبنان.

١٣- البرهان فى أصول الفقه، لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجوينى المتوفى سنة ٤٧٨ هـ، تحقيق عبد العظيم الديب، طبعة دار الوفاء للطباعة والنشر بالمنصورة.

- ١٤- التبصرة في أصول الفقه، للإمام إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، طبع دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٥- تخريج الفروع على الأصول، للإمام شهاب الدين محمود ابن أحمد الزنجاني، المتوفى سنة ٦٥٦هـ، طبعة رابعة سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق الدكتور/ محمد أنيب صالح.
- ١٦- التفسير الكبير، للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ، طبعة دار الفكر، الناشر دار الكتب العلمية طهران.
- ١٧- تكملة المجموع شرح المذهب، للمحقق محمد حسين العقبى، مطبعة الإمام بالقاهرة.
- ١٨- التلويح على التوضيح، للفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد الله الهروي، للخرسائي، سعد الدين، المتوفى سنة ٧٩٢هـ، مطبعة محمد علي صبيح.
- ١٩- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسكندر، المتوفى سنة ٧٧٢هـ طبعة ثانية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق دكتور/ محمد حسن هيتو.
- ٢٠- تيسير التحرير، لمحمد أمين، المعروف بأمير شاه الحسيني، طبعة دار الفكر.

٢١- الجامع لأحكام القرآن، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المتوفى سنة ٦٧١هـ - مطبعة دار الكتب المصرية.

٢٢- جامع البيان عن تأويل القرآن، للإمام ابن جرير الطبري، طبعة ثالثة سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م مطبعة مصطفى الحلبي.

٢٣- حاشية الرملي على المنهاج، لابن شهاب الدين الرملي المصري الأنصاري، طبعة أخيرة سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م، مطبعة مصطفى الحلبي.

٢٤- حاشية السعد على مختصر ابن الحاجب، للتفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد الله الهروي، الخرساني، سعد الدين، المتوفى سنة ٧٩٢هـ - طبعة سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م - مكتبة الكليات الأزهرية.

٢٥- حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع، للشيخ حسن بن محمد العطار، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

٢٦- الدر المختار - شرح تنوير الأبصار، للشيخ محمد علاء الدين الحصكفي (بهامش حاشية ابن عابدين) طبعة ثانية سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م - دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

٢٧- ديوان امرئ القيس، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة دار المعارف، طبعة رابعة سنة ١٩٨٤م.

٢٨- سنن ابن ماجه، للإمام أبى عبد الله بن ماجه القزوينى،
المتوفى سنة ٢٧٥هـ، طبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى
الحلبى، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٩- سنن أبى داود، للإمام سليمان بن الأشعث المتوفى سنة
٢٧٥هـ، طبعة دار إحياء السنة النبوية، تعليق محمد محيى
الدين عبد الحميد.

٣٠- سنن الترمذى، للإمام أبى عيسى الترمذى محمد بن عيسى
بن سورة، المتوفى سنة ٢٩٧هـ، مطبعة مصطفى الحلبي،
دار الحديث بالقاهرة.

٣١- سنن الدارمى، للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى،
المتوفى سنة ٢٥٥هـ، طبعة در الكتب العلمية بيروت، دار
الريان للتراث.

٣٢- سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى وحاشية السندى،
دار الحديث بالقاهرة سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٣٣- شرح الإسئوى نهاية السؤل شرح منهاج الوصول فى علم
الأصول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسئوى، المتوفى
سنة ٧٧٢هـ، مطبعة محمد على صبيح.

٣٤- شرح البخشئى مناهج العقول شرح منهاج الوصول أيضاً،
للإمام محمد بن الحسن البخشئى المتوفى سنة ٩٩٢هـ،
مطبعة محمد على صبيح.

٣٥- شرح تنقيح الفصول، للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ، طبعة أولى سنة ١٩٧٣م مكتبة الكليات الأزهرية.

٣٦- شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع، للشيخ جلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعى، المتوفى سنة ٨٦٤هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٣٧- شرح السراج الهندى على المغنى للخبازى، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٩٠م.

٣٨- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، للقاضى عضد الملة والدين الإيجى المتوفى سنة ٧٥٦هـ، مطبعة الفجالة الجديدة القاهرة، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، مراجعة الدكتور شعبان محمد إسماعيل.

٣٩- شرح فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندرى ابن الهمام الحنفى، المتوفى سنة ٦٨١هـ، طبعة أولى للمطبعة الأميرية الكبرى ببولاق القاهرة سنة ١٣١٥هـ.

٤٠- الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى، للشيخ أبى البركات سيدى أحمد الدردير، مطبعة عيسى الحلبي.

٤١- شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع، للشيخ السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة للباحث محمود عبد الرحمن عبد المنعم، سنة ١٩٩٤م.

- ٤٢- شرح اللمع، للإمام أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، تحقيق عبد المجيد تركي.
- ٤٣- شرح المعقات السبع، للإمام القاضي أبي عبد الله السحني ابن أحمد بن الحسين، المتوفى سنة ٤٦٨هـ، مكتبة القاهرة.
- ٤٤- شرح النووي على صحيح مسلم، مطبوعات الشعب، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة.
- ٤٥- صحيح مسلم بشرح النووي، للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، النيسابوري، المتوفى سنة ٢٦١هـ، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، مطبعة الشعب، دار الكتب العلمية بيروت.
- ٤٦- صورة الأمر والنهي في الذكر الحكيم، للدكتور محمود توفيق محمد سعد، طبعة أولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، مطبعة الأمانة بالقاهرة.
- ٤٧- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٤٨- فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن الهمام، المتوفى سنة ٦٨١هـ - مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة.
- ٤٩- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المتوفى سنة ١١٨٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، مع المستصفي.

- ٥٠- القاموس المحيط، للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي الشيرازي، المتوفى سنة ٨١٧هـ، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- ٥١- قواطع الأدلة في أصول الفقه، للإمام أبي المظفر منصور ابن محمد بن عبد الجبار السمعاني، المتوفى سنة ٤٨٩هـ، طبعة أولى سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م دار الكتب العلمية بيروت لبنان، تحقيق محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي.
- ٥٢- القواعد والفوائد الأصولية، للإمام أبي الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلبي الحنبلي، المتوفى سنة ٨٠٣هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م دار الكتب العلمية بيروت لبنان، تحقيق محمد حامد الفقي.
- ٥٣- قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفهية، لمحمد بن أحمد بن جزى الفرناطي المالكي المتوفى سنة ١٣٤٠م، تحقيق طه سعد، مصطفى الهوارى، عالم الفكر.
- ٥٤- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربى بيروت.
- ٥٥- الباب في شرح الكتاب، للشيخ عبد الغنى الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفى المتوفى سنة ٤٢٨هـ، طبعة رابعة سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م دار الحديث حمص بيروت، تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد.

٥٦- اللمع فى أصول الفقه، للشيخ إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، طبعة ثلاثة سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م، مطبعة مصطفى الحلبي.

٥٧- مباحث فى أصول الفقه، لأستاذنا الدكتور رمضان عبد الودود عبد التواب، طبعة ثانية سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م دار الهدى بالقاهرة.

٥٨- المجموع شرح المذهب، للإمام النووى، مطبعة الإمام بمصر.

٥٩- المحصول فى أصول الفقه، للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٦٠- المحلى، للإمام أبى محمد على بن أحمد بن حزم الظاهري، المتوفى سنة ٤٥٦هـ، منشورات دار الأفاق الجديدة بيروت.

٦١- المستدرك على الصحيحين، للحافظ محمد بن عبد الله الحاكم النيسابورى المتوفى سنة ٤٠٥هـ، وينذله التلخيص للحافظ الذهبي، دار المعرفة بيروت.

٦٢- المستصطفى من علم الأصول، لأبى حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ، طبعة ثانية دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٦٣- مسند الإمام أحمد للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ، طبعة دار صادر بيروت.

٦٤- المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢هـ، وعبد الحليم بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٨٢هـ، وأحمد بن عبد الحليم المتوفى سنة ٧٢٨هـ، مطبعة المدني بمصر.

٦٥- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد ابن علي الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ، طبعة بيروت لبنان.
٦٦- المعتمد في أصول الفقه، لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، المتوفى سنة ٤٣٦هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٦٧- المغنى في الفقه الحنبلي، لموفق الدين أبي محمد عبد الله ابن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، طبعة سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، دار الكتاب العربي بيروت لبنان.
٦٨- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة ٩٧٧هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

٦٩- منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر اليبضاوي، المتوفى سنة ٦٨٥هـ، مطبوع مع نهاية السور، ومناهج العقول، مطبعة محمد علي صبيح.
٧٠- الموافقات في أصول الشريعة، للإمام أبي إسحاق إبراهيم ابن موسى اللخمي الشاطبي، المتوفى سنة ٧٩٠هـ- الناشر دار المعرفة بيروت لبنان.

فهرس الأعلام

يتضمن هذا الفهرس الأعلام الذين ورد ذكرهم فى البحث مع ترجمة مختصرة عنهم.

م	العـلـم	رقـم الصفحة
١	الأقرع بن حابس بن عقال بن محمد بن سفيان بن مالك بن تميم، شهد مع رسول الله - ﷺ - فتح مكة، وحنيئاً، وحضر الطائف، وكان شريفاً فى الجاهلية والإسلام. أسد الغابة لابن الأثير جـ ١ ص ١٢٨ - ١٣٠، الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر العسقلانى جـ ١ ص ٩١ - ٩٢ - ط أولى - نشر مكتبة الكليات الأزهرية.	٤٣١
٢	إبراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله (أبو إسحاق الشيرازى) الفقيه الشافعى، الأصولى، ولد بفيروز آباد، بلدة قريبة من شيراز سنة ٣٩٣ هـ نشأ بها، ثم انتقل إلى فيروز، من مؤلفاته: التنبيه فى مذهب الشافعى، والمهذب فى الفقه، واللمع والتبصرة فى أصول الفقه، تولى سنة ٤٧٦ هـ. شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى جـ ٣ ص ٣٤٩ - طبعة دار الفكر، للفتح للمبين فى طبقات الأصوليين لعبد الله المراضى جـ ١ ص ٢٥٥ - ط ثانية سنة ١٩٧٤ م بيروت، النجوم الزاهرة لجمال الدين بن تفرى بردى جـ ٥ ص ١١٧ - طبعة المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة.	٣٤٧

م	العـلـم	رقم الصفحة
٣	إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران (الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني) عالم للفقه والأصول، فقيه شافعي، من مصنفاته: للجامع في أصول الدين، ورسالة في أصول الفقه، وله مناقشات مع المعتزلة، توفي سنة ٤١٨ هـ. شذرات الذهب جـ ٣ ص ٢٠٩، البداية والنهاية لابن كثير جـ ١٢ ص ٢٤ - دار الفكر العربي، معجم البلدان لياقوت الحموي جـ ١ ص ١٧٨ - دار صادر بيروت.	٤٢٢
٤	إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود (التخفي) من أتابير التابعين صلاحاً وصديق رواية وحققاً للحديث، من أهل الكوفة، فقيه العراقي، ولد سنة ٤٦ هـ، توفي سنة ١٩٦ هـ. الطبقات الكبرى لابن سعد جـ ٦ ص ١٨٨ - ١٩٩ - مؤسسة دار التحرير للطبع والنشر، الأعلام للزركلي جـ ١ ص ٨٠.	٤٠٩
٥	أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد بن معروف الحنبلي، أحد أهل الفهم، موثوق به في العلم، من مصنفاته: الشافعي، المقتنع، تفسير القرآن، التنبيه، وغيرهم، توفي سنة ٣٦٣ هـ. طبقات المفسرين للدودي جـ ١ ص ٣٠٦ - ٣٠٧ - ط أولى سنة ١٩٧٢ م مطبعة الاستقلال الكبرى، شذرات الذهب جـ ٣ ص ٤٥، تاريخ بغداد جـ ١ ص ٤٥٩.	٤١٨

رقم الصفحة	العنوان	٢
	الفتح المبين للمراعى ج ٢ ص ٨٩-٩٠، كشف الظنون لحاجي خليفة ج ١ ص ٤٩٩- طبعة دار العلوم الحديثة، الأعلام للزركلى ج ١ ص ٩٠- ط ثلاثة سنة ١٩٦٩م بيروت.	
٤٥٨	أحمد بن على الرازى (أبو بكر الجصاص) فاضل من أهل الري، ولد سنة ٣٠٥هـ، انتهت إليه رئاسة الحنفية، من مؤلفاته: أحكام القرآن، وكتاب فى أصول الفقه، توفى سنة ٣٧٠هـ.	١٢
	النجوم الزاهرة ج ٤ ص ١٣٨، شذرات الذهب ج ٣ ص ٧١، الأعلام للزركلى ج ١ ص ١٧١.	
٣٩١	الحارث بن تقيع بن المعلى بن لؤذان بن حارثة بن زيد بن ثعلبة بن عدى بن مالك الأنصارى (أبا سعيد بن المعلى) له صحبة، يعد فى أهل الحجاز.	١٣
	أسد الغابة لابن الأثير ج ٦ ص ١٤٢- مطبوعات الشعب، الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر ج ٢ ص ١٧٩- ط الأولى- مكتبة الكليات الأزهرية.	
٣٤٩	الحسن بن يمار البصرى، أبو سعيد، تابعى، كان إمام أهل البصرة، وحير الأمة فى زمنه، ولد بالمدينة سنة ٢١هـ، وشب فى كنف على بن أبى طالب، سكن البصرة، له كتاب فى فضائل مكة، توفى بالبصرة سنة ١١٠هـ.	١٤
	العبر ج ١ ص ١٠٣، شذرات الذهب ج ١ ص ١٣٦.	
٣٤٩	الحسين بن على (أبو عبد الله البصرى) الملقب بالجعل، كان رأس المعتزلة، له تصانيف كثيرة على مذهبهم، وكان حنفى المذهب فى الفروع، توفى سنة ٣٦٩هـ.	١٥

م	العالم	رقم الصفحة
	العبر ج ٢ ص ١٣١، شذرات الذهب ج ٢ ص ٦٨، تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ج ٨ ص ٧٣- دار الكتب العلمية بيروت.	
١٦	الحكم بن أبان العنزي، أبو عيسى، ولد سنة ٨٠هـ، روى عن : عكرمة، وطاوس، وإدريس بن سنان، وغيرهم، روى عنه: ابنه إبراهيم وابن عينة، ومصر وغيرهم. تهذيب التهذيب لابن حجر المصقلاني ج ٢ ص ٤٢٣- ٤٢٤.	٤٠٧
١٧	داود بن علي بن خلف الأصبهاني، ثم البغدادي (القاهري) أحد الأئمة المجتهدين، وتنسب إليه طائفة الظاهرية، ولد بالكوفة سنة ٢٠٢هـ من مصنفاته: كتاب الأصول، وإبطال التقليد، والإجماع، والإصباح وغيرهم، توفي ببغداد سنة ٢٧٠هـ.	٤٠٧
	الهداية والنهاية ج ١ ص ٤٧، شذرات الذهب ج ٢ ص ١٥٨، وفيات الأعيان لشمس الدين بن خلكان ج ٢ ص ٢٥٥ - طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٧٨م.	
١٨	سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمر، الإمام العلم، أبو محمد القرشي المخزومي، عالم أهل المدينة، وسيد التابعين في زمانه، توفي سنة ٩٤هـ، وقيل: سنة ٩٣هـ، وقيل: سنة ٩٥هـ.	٤٠٩
	وفيات الأعيان ج ٢ ص ٣٧٥، العبر ج ١ ص ٨٣، شذرات الذهب ج ١ ص ١٠٢، التلحوم الزاهرة ج ١ ص ٢٢٨.	
١٩	سفيان بن عيينة بن ميمون (ابن عيينة) الهلالي، الكوفي المكي، محدث، فقيه، ولد بالكوفة سنة ١٠٧هـ، من تصانيفه: تفسير القرآن الكريم، وجزء فيه أحاديث، توفي سنة ١٩٦هـ.	٤٠٧
	تهذيب التهذيب ج ٤ ص ١١٧ وما بعدها، حلية الأولياء ج ٧ ص ٢٧٠ وما بعدها.	

م	المصنف	رقم الصفحة
٢٠	سليم بن أيوب بن سليم أبو الفتح (الرازي) اشتغل بالتفسير والحديث واللغة والفقه، من تصانيفه: "التقريب"، و"ضياء القلوب" في التفسير، توفي سنة ٤٤٧هـ وقيل: غير ذلك. شذرات الذهب ج٣ ص ٢٧٥ - ٢٧٦، وفیات الأعيان ج٢ ص ٣٩٧.	٣٤٩
٢١	الضحاك بن مزاحم الهلالي، أبو محمد، صاحب التفسير، كان من أوعية العلم، وهو صدوق في نفسه، توفي سنة ١٠٢هـ، وقيل: غير ذلك. سير الأعلام القتلج ج٤ ص ٥٩٨، الطبقات الكبرى لأبي عبد الله بن سعد ج٦ ص ٣٠٠ طبعة دار صادر بيروت سنة ١٩٥٨م، ميزان الاعتدال لأبي عبد الله الذهبي ج٢ ص ٣٢٥ - ط١ أولى سنة ١٩٦٣م دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبي.	٤٠٩
٢٢	طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر (القاضي أبو الطيب) من كبار أئمة المذهب الشافعي، ولد سنة ٣٤٨هـ، من مصنفاته: "شرح المزني"، توفي سنة ٤٥٠هـ. شذرات الذهب ج٣ ص ٢٨٤، البداية والنهاية ج١٢ ص ٧٩، العبر ج٢ ص ٢٩٦، التجوم الزاهرة ج٥ ص ٦٣.	٤٥٩
٢٣	عامر بن شراحيل (الشعبي) ولد سنة ١٧هـ، كان إماماً حافظاً فقيهاً متقناً، ولي قضاء الكوفة، قال أبو مجلز: ما رأيت أعلم من الشعبي، توفي سنة ١٠٤هـ. شذرات الذهب ج١ ص ١٢٦، التجوم الزاهرة ج١ ص ٢٥٣.	٤٠٧

م	العـلـم	رقم الصفحة
٢٤	عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار بن أحمد بن خليل. العلامة المتكلم شيخ المعتزلة، صاحب التصانيف، ولى القضاء بالرو، من مصنفاته: "الأمالى" فى الحديث، "دلائل النبوة"، طبقات المعتزلة، كتاب "المقتضى" فى علم الكلام فى سبعة عشر جزءاً توفى سنة ٤١٥هـ. تاريخ بغداد ج١١ ص ١١٣-١١٥، شذرات الذهب ج٣ ص ٢٠٢-٢٠٣، سير أعلام النبلاء ج١٧ ص ٢٤٤.	٤٥٩
٢٥	عبد الرحمن بن صخر الدوسى (أبو هريرة) صحابى، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له، ولد سنة ٢١ قبل الهجرة، وتوفى بالمدينة سنة ٥٩هـ. اسد الغابة فى معرفة الصحابة لابن الأثير ج٣ ص ٦٤١، مطبوعات الشعب، شذرات الذهب ج١ ص ٦٣.	٣٩٢
٢٦	عبد الرحمن بن على بن محمد (أبو الفتح الحلوانى) الحنبلى الفقيه، الإمام، ولد سنة ٤٩٠هـ، برع فى الفقه والأصول، من مصنفاته: للتبصرة فى الفقه، للهداية فى أصول الفقه، وتفسير القرآن فى إحدى وأربعين جزءاً، توفى سنة ٥٤٦هـ. طبقات المفسرين لشمس الدين بن أحمد الداودى ج١ ص ٢٧٤-٢٧٥ ط أولى سنة ١٩٧٢م- مطبعة الاستقلال الكبرى، شذرات الذهب ج٤ ص ١٤٤.	٤١٩

م	العــــــــــــــــلم	رقم الصفحة
٢٧	<p>عبد الرحمن بن محمد بن رشيق (القيرواني) أبو القاسم مؤرخ فقيه مالكي، محدث، شاعر، له مصنفات منها: "المستوعب لزيادات مسائل المبسوط مالميس في المدونة" توفي سنة ٣٨٠هـ.</p> <p>الأحلام للزركلي ج٣ ص ٣٢٥، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للإمام محمد بن مخلوف ص ١١٠ - طبعة دار الكتاب العربي بيروت.</p>	٣٧٥
٢٨	<p>عبد الرحيم بن الحسن بن علي (الإسنوي) الشافعي، أبو محمد جمال الدين فقيه أصولي، من علماء العربية، ولد بإسنا سنة ٧٠٤هـ، من مصنفاته: الأشباه والنظائر، التكميل للدري، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، التمهيد في تفريع الفروع على الأصول وغيرهم، توفي سنة ٧٧٢هـ.</p> <p>شذرات الذهب ج٦ ص ٢٢٣ - ٢٢٤، التجوم الزاهرة ج١١ ص ١١٤، الأحلام للزركلي ج٣ ص ٣٤٤ - دار العلم للملايين بيروت.</p>	٣٦٨
٢٩	<p>عبد السلام بن محمد بن عبد الوهاب بن سلام بن أبي علي الجبالي (أبو هاشم) المتكلم بن المتكلم، المعتزلي بن المعتزلي من مصنفاته: الجامع الكبير، وكتاب القرض، وغيرهما، ولد سنة ٧٤٧هـ وتوفي سنة ٣٢١هـ.</p> <p>البداية والنهاية ج١١ ص ١٧٦، العبر ج٢ ص ١٢، سير أحلام النبلاء ج١٥ ص ٦٣ - ٦٤.</p>	٣٧٦

م	العـلـم	رقم الصفحة
٣٠	عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد أبو نصر (ابن الصباغ) صاحب "الشامل" و "عدة المعالم" انتهت إليه رئاسة الأصحاب في زمانه مع الورع، والتقوى، والزهد، توفي سنة ٤٧٧هـ. شذرات الذهب جـ ٣ ص ٣٥٥، التجوم للزاهرة جـ ٥ ص ١١٩، العبر جـ ٢ ص ٣٣٧، وفيات الأعيان جـ ٣ ص ٢١٧.	٤٥٩
٣١	عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي (عز الدين بن عبد السلام) سلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد بدمشق سنة ٥٧٧هـ، من مؤلفاته: التفسير الكبير، الإمام في أدلة الأحكام، قواعد الشريعة، قواعد الأحكام في إصلاح الأئمة، وغيرهم، توفي بالقاهرة سنة ٦٦٠هـ. شذرات الذهب جـ ٥ ص ٣٠١ - ٣٠٢، التجوم للزاهرة جـ ٧ ص ٢٠٨، الأعلام جـ ٤ ص ٢١.	٤٣٦
٣٢	عبد الله بن أبي قحافة بن عثمان بن عامر بن كعب القرشي (أبا بكر) أول الخلفاء الراشدين، وأول من آمن برسول الله - ﷺ - من الرجال وصاحبه في الهجرة، وفي الغار، ولد بمكة سنة ٥١ قبل الهجرة، وتوفي رحمه الله سنة ١٣هـ. أسد الغابة جـ ٣ ص ٣٠٩، البداية والنهاية جـ ٧ ص ٢، شذرات الذهب جـ ١ ص ٢٤.	٤٧٧

رقم الصفحة	العـــــــــــــــلم	م
٤٥٨	عبد الله بن أحمد بن محمود (الكعبى) البلخى الخراسانى، أبو القاسم، أحد أئمة المعتزلة، ولد سنة ٢٧٣هـ، من مؤلفاته: التفسير، قبول الأخبار ومعرفة الرجال، السنة، مقالات الإسلاميين، وغيرهم، توفى ببلخ سنة ٣١٩هـ. شذرات الذهب ج٢ ص ٢٨١، تاريخ بغداد ج٩ ص ٣٨٤، الأعلام ج٤ ص ٦٥ - ٦٦.	٣٣
٤٥٩	عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوى القرشى، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ العلم، كان كثير الاتباع لأثر رسول الله - ﷺ - حتى أنه ينزل منازلَه ويصلى في كل مكان صلى فيه، كان من أئمة المسلمين، وعظما من أصنام الفتوى، توفى سنة ٧٣هـ، وقيل: سنة ٧٤هـ. أسد الغابة ج٣ ص ٣٤٠، البداية والنهاية ج٩ ص ٤، شذرات الذهب ج١ ص ٨١.	٣٤
٣٤٥	عبد الله بن عمر بن محمد بن على (البضاوى) الشافعى، ولد بالمدينة البيضاء بفارس قرب شیراز، من مصنفاته: منهاج الأصول إلى علم الأصول، وشرح الكافية لابن الحاجب، وتفسير البضاوى وغيرهم، توفى سنة ٦٨٥هـ، وقيل: خير ذلك.	٣٥
	التلح المبين ج٢ ص ٨٨، شذرات الذهب ج٥ ص ٣٩٢ - ٣٩٣.	

م	العــــــــــــــــلم	رقم الصفحة
٣٦	عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب (أبو موسى الأشعري) صحابي من الشجعان الولاة الفاتحين، ولد باليمن سنة ٢١ قبل الهجرة، وقدم مكة عند ظهور الإسلام، فأسلم وهاجر إلى أرض الحبشة، توفي بالكوفة سنة ٤٤هـ. شذرات الذهب ج١ ص ٥٣، الإصابة ج٦ ص ١٩٤، الأعلام ج٤ ص ١١٤.	٤٠٩
٣٧	عبد الملك بن أبي محمد عبد الله بن يوسف، أبو المعالي الجويني (إمام الحرمين) ولد سنة ٤١٩هـ من مؤلفاته: البرهان في أصول الفقه، الشامل في أصول الدين، والإرشاد، وغير ذلك، توفي سنة ٤٧٨هـ. وفيات الأعيان ج٣ ص ١٦٧، شذرات الذهب ج٣ ص ٣٥٨، المعبر ج٢ ص ٣٣٩.	٣٥٢
٣٨	عبد الوهاب علي بن الكافي بن علي بن تمام بن يوسف (ابن السبكي) ولد سنة ٧٢٧هـ وقيل: غير ذلك، من مؤلفاته: جمع الجوامع، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، منع الموانع في أصول الفقه، "الأشباه والتظاير" في الفروع، ومعبد النعم ومبيد التقم، وغير ذلك، توفي سنة ٧٧١هـ. شذرات الذهب ج٦ ص ٢٢١، التلخيص للزاهرة ج١١ ص ١٠٨، الفتح للمبين ج٢ ص ١٨٤.	٣٥٠
٣٩	عطاء بن السائب الإمام الحافظ، محدث الكوفة، روى عن أبيه، وأبى بن مالك، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وغيرهم، حدث عنه: إسماعيل بن أبي خالد، الثوري، ابن جريج، وغيرهم توفي سنة ١٣٦هـ. سير أعلام النبلاء ج٦ ص ١١٠، طبقات ابن سعد ج٦ ص ٣٣٨، شذرات الذهب ج١ ص ١٩٤.	٤٠٩

رقم الصفحة	العالم	م
٣٤٩	على أبو الحسن سيف الدين (الأمدي) ولد بمدينة آمد سنة ٥٥٠هـ من مؤلفاته: الإبحار، الإحكام في أصول الأحكام، والمنتهى، وغيرهم، توفي بدمشق سنة ٦٣١هـ. شذرات الذهب ج٥ ص ١٤٤، التلجوز الزاهرة ج٦ ص ٢٨٥، البداية والنهاية ج١٣ ص ١٤٠-١٤١.	٤٠
٤٠٦	على بن أحمد بن سعيد (ابن حزم الظاهري) عالم الأندلس في عصره، ولد بقرطبة، انصرف إلى العلم والتأليف، وكان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، من مصنفاته: كتاب "المحلى" في الفقه، وكتاب "الإحكام في أصول الأحكام" في الأصول، وغير ذلك، توفي سنة ٤٥٦هـ. الفتح المبين ج١ ص ٢٤٦، وفیات الأعيان ج١ ص ٢٨، البداية والنهاية ج١٢ ص ٩١.	٤١
٣٧٨	على بن إسماعيل بن أبي بشر (أبو الحسن الأنصاري) شيخ طريقة أهل السنة والجماعة، وإمام للمتكلمين، من مصنفاته: الرد على المجسمة، والتبيين عن أصول الدين، وفي الأصول: إثبات القياس، والخاص، والعام وغيرهم، ولد سنة ٢٧٠هـ، وقيل: سنة ٢٦٠هـ، وتوفي سنة ٣٢٤هـ. الفتح المبين ج١ ص ١٧٤-١٧٦، البداية والنهاية ج١١ ص ١٨٧، طبقات الشافعية لابن السبكي ج٢ ص ٢٤٥.	٤٢
٣٧٥	على بن الحسين بن موسى بن محمد بن إبراهيم، أبو القاسم (الشريف المرتضى) من أحفاد الحسين بن علي بن أبي طالب، ولد ببغداد سنة ٣٥٥هـ، توفى الطالبين، وأحد الأئمة في علم الكلام والأدب والشعر، من مصنفاته: الغرر والدرر، الشهاب في الشيب والشباب، تنزيه الأنبياء، الانتصار في الفقه وغيرهم، توفي ببغداد سنة ٤٣٦هـ. التلجوز الزاهرة ج٥ ص ٣٩، شذرات الذهب ج٣ ص ٢٥٦-٢٥٧، الأعلام ج٤ ص ٢٧٨-٢٧٩.	٤٣

م	العالم	رقم الصفحة
٤٤	<p>على بن عقيل بن محمد (ابن عقيل) البغدادي، الحنبلي، فقيه أصولي، مقرئ واعظ، ولد ببغداد سنة ٤٣١ هـ، من مصنفاته: تفصيل العبادات على نعيم الجنات، كتاب "القنن" في فروع الفقه الحنبلي في عشر مجلدات، "الواضح" في أصول الفقه في ثلاث مجلدات، توفي سنة ٥١٣ هـ.</p> <p>شذرات الذهب ج٤ ص ٣٥، العبر ج٢ ص ٤٠٠، للنجوم الزاهرة ج٥ ص ٢١٩، البداية والنهاية ج٢ ص ١٨٤.</p>	٤١٩
٤٥	<p>عمر بن الخطاب بن نليل بن عبد العزيز بن رباح القرشي العنوي، ولد قبل البعثة النبوية بثلاثين سنة، وقيل غير ذلك، أسلم في السنة السادسة من البعثة النبوية، بويح بالخلافة سنة ١٣ هـ، وهو أول من وضع للعرب التقويم الهجري، توفي رحمه الله سنة ٢٣ هـ.</p> <p>شذرات الذهب ج١ ص ٣٣، البداية والنهاية ج٧ ص ١٣٠، تهذيب التهذيب ج٧ ص ٤٣٨ - ٤٤١.</p>	٤٦٧
٤٦	<p>عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن كعب القرشي السهمي، أسلم عام خير، وقيل: قبل الفتح بستة أشهر، بعثه رسول الله - ﷺ - أميراً على سرية إلى ذات السلاسل، واستعمله على عمان، وهو أحد الحكمين بين سيدنا علي ومعاوية، توفي سنة ٤٣ هـ، وقيل: سنة ٤٧ هـ.</p> <p>أسد الغابة ج٤ ص ٧٤٤، طبقات ابن سعد ج٤ ص ٢٥٤، النجوم الزاهرة ج١ ص ١٢٢، سير أعلام النبلاء ج٣ ص ٥٤.</p>	٣٤٨

م	العــــــــــــــــلم	رقم الصفحة
٤٧	مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي (الإمام) ولد سنة ٩٣هـ، كان إماماً في الحديث وله فيه الموطأ، وبرع في الفقه حتى أنه يسمى إمام دار الهجرة، وإليه ينسب المذهب المالكي، توفي رحمه الله سنة ١٧٩هـ. وفيات الأعيان ج٤ ص ١٣٥، البداية والنهاية ج١٠ ص ١٧٤، حلية الأولياء للأصبهاني ج٦ ص ٣١٦ ط ثلاثة سنة ١٩٨٠م- دار الكتاب العربي بيروت.	٤٥٥
٤٨	محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب، (الإمام الشافعي) القرشي المظنبي، ولد بغزة، وقيل: غير ذلك، سنة ١٥٠هـ، حفظ الموطأ وهو ابن عشر، وأفتى وهو ابن خمس عشرة سنة، وهو أحد الأئمة الأربعة، توفي سنة ٢٠٤هـ. وفيات الأعيان ج٤ ص ١٦٣، البداية والنهاية ج١٠ ص ٢٥١، شذرات الذهب ج٢ ص ٩، العبر ج١ ص ٢٦٩.	٣٦٨
٤٩	محمد بن بهادر بن عبد الله التركي المصري (الزركشي) الفقيه الشافعي الأصولي المحدث، ولد بمصر سنة ٧٤٥هـ، من مصنفاته: البحر المحيط، تصنيف المسامع بشرح جمع الجوامع، لقطه العجلان، كلهم في الأصول، توفي سنة ٧٩٤هـ. الفتح المبين للمراغي ج٢ ص ٢٠٩، شذرات الذهب ج٦ ص ٣٣٥، النجوم الزاهرة ج١٢ ص ١٣٤.	٣٦٨
٥٠	محمد بن جرير بن يزيد (أبو جعفر الطبري) المؤرخ المفسر الإمام ولد في آمل طبرستان سنة ٢٢٤هـ، من تصنيفه: تاريخ الطبري في ١١ جزءاً، تفسير الطبري في ٣٠ جزءاً، اختلاف الفقهاء، للمسترشد في علوم الدين، وغيرهم، توفي سنة ٣١٠هـ.	٤٠٩

م	العنوان	رقم الصفحة
٥١	شذرات الذهب جـ ٢ ص ٢٦٠، العبر جـ ١ ص ٤٦٠، البداية والنهاية جـ ١١ ص ١٤٥. محمد بن الحسن بن فرقد (صاحب الإمام أبي حنيفة) من موالى بنى شيخان، إمام بالفقه والأصول، ولد بواسط سنة ١٣١هـ، وأقبل: خير ذلك، من مصنفاته: للجامع الكبير، الجامع للصغير، الآمال، وغيرهم توفي بالري سنة ١٨٩هـ.	٤٥٨
٥٢	شذرات الذهب جـ ١ ص ٣٢١، البداية والنهاية جـ ١٠ ص ٢٠٢، التلخيص للزاهرة جـ ٢ ص ١٣٠. محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر (أبو بكر الباقلائي) شيخ أهل السنة وإسائها، أكثر الناس تصنيفاً في الكلام، من مصنفاته: "الإرشاد والتكريب" في أصول الفقه، "التبصرة"، "دقائق الحقائق"، وغيرهم، توفي سنة ٤٠٣هـ. البداية والنهاية جـ ١١ ص ٣٥١ - ٣٥٠، شذرات الذهب جـ ٢ ص ٦٨، العبر جـ ٢ ص ٢٠٧، وفيات الأعيان جـ ٤ ص ٣٦٩ - ٣٧٠.	٣٥٢
٥٣	محمد بن الطيب (أبو الحسين البصري) شيخ المعتزلة، ولد في البصرة وعاش ببغداد، له تصنيفات عديدة منها: للمعتد في أصول الفقه، وشرح الأصول الخمسة، وكتاب الإمامة، وغيرهم، توفي سنة ٤٣٦هـ. شذرات الذهب جـ ٣ ص ٢٥٩، العبر جـ ٢ ص ٢٧٢، التلخيص للزاهرة جـ ٥ ص ٣٨، سير أعلام النبلاء جـ ١٧ ص ٥٨٧.	٣٤٩
٥٤	محمد بن عبد الرحيم بن محمد صفي الدين (لهندي) الفقيه الشافعي الأصولي، من مصنفاته: نهاية الوصول إلى دراية الأصول، توفي سنة ٧١٥هـ. طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي جـ ٩ ص ١٦٢ - ط ثمانية دار المعرفة بيروت، شذرات الذهب جـ ٦ ص ٣٧.	٤٣٩

م	العالم	رقم الصفحة
٥٥	محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود (كمال الدين بن الهمام) إمام من علماء الحنفية، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه، ولد بالإسكندرية سنة ٧٩٠هـ، من مصنفاته: فتح القدير، التحرير، زاد اللقير، وغيرهم، توفي سنة ٨٦١هـ.	٢٥٩
٥٦	شذرات الذهب ج٧ ص ٢٩٨، الأعلام للزركلي ج٦ ص ٢٥٥. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (الشوكاني) ولد سنة ١١٧٣ هـ باليمن، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من مؤلفاته: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، إرشاد الفحول في أصول الفقه، فتح القدير في التفسير، وغيرهم، توفي سنة ١٢٥٠هـ.	٤٠٥
٥٧	الأعلام للزركلي ج٦ ص ٢٩٨. محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين البكري (الإمام الرازي) إمام المفسر، أحد فقهاء الشافعية المشاهير، برز في المنقول والمعقول من العلوم، ولد في الري سنة ٥٤٤هـ، من مؤلفاته: "المحصول" في أصول الفقه، "التفسير الكبير" وغيرهما، توفي سنة ٦٠٦هـ.	٤٦٨
٥٨	البداية والنهاية ج١٣ ص ٥٥، شذرات الذهب ج٥ ص ٢١، الهجوم للزاهرة ج٦ ص ٦٠٦. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ابن عابدين) الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، ولد في دمشق سنة ١١٩٨هـ، من مؤلفاته: "رد المحتار على الدر المختار" في الفقه، ويعرف بحاشية ابن عابدين، "تسمات الأسفار على شرح المنار" في أصول الفقه، "وحاشية على المطول" في البلاغة، وغيرهم، توفي سنة ١٢٥٢هـ.	٤٣٥
	الأعلام للزركلي ج٦ ص ٤٢.	

م	العـلـم	رقم الصفحة
٥٩	محمد بن محمد بن محمد أبو حامد (الإمام الغزالي) ولد بمدينة طوس من أعمال خراسان سنة ٤٥٠ هـ، برع في علوم كثيرة وكان من أكتياء العالم في كل ما يتكلم فيه، من مصنفاًته: إحياء علوم الدين، المستصفى في أصول الفقه، وإلجام العوام عن علم الكلام، وغيرهم، توفي سنة ٥٠٥ هـ. النجوم الزاهرة ج٥ ص ٢٠٣، العبر ج٤ ص ٣٨٧ - ٣٨٨، شذرات الذهب ج٤ ص ١٠، وفیات الأعيان ج٤ ص ٢١٦.	٣٥٢
٦٠	محمد بن محمد (ابن الحاج) أبو عبد الله العبدري المالكي الفاسي، فاضل تلقه في بلاده وقدم إلى مصر، من مصنفاًته: مدخل الشرع الشريف، وشموس الأنوار وكنوز الأسرار، وغيرهما، توفي بالقاهرة سنة ٧٣٧ هـ. الأعلام للزركلي ج٧ ص ٣٥، كشف القنون ج٢ ص ١٦٤٣.	٤٦٨
٦١	محمد بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد بن مسعود أبو عبد الله (العبدري) فقيه رحالة مالكي، ولد بحاحه ونشأ بها، كان قاضياً بمراكش، توفي نحو سنة ٧٠٠ هـ. الأعلام للزركلي ج٧ ص ٣٢.	٤٦٨
٦٢	محمد بن محمد بن محمود (أبو منصور الماتريدي) من أئمة علماء الكلام، من مصنفاًته: مآخذ الشرائع في أصول الفقه، كتاب التوحيد، بيان وهم المعتزلة، وغيرهم، توفي سنة ٣٣٣ هـ. معجم المؤلفين لعمر كحالة ج١١ ص ٣٠٠ - طبعة مكتبة المثنى بغداد، كشف القنون ج١ ص ٢٦٢، ٣٣٥، ٥١٨، ٧٥١.	٣٧٦

م	العـلـم	رقم الصفحة
٦٣	<p>محمود بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، أبو الشتاء، شمس الدين (الأصفهاني)، ولد سنة ٦٧٤هـ، من مصنفاته: التفسير، أنوار الحقائق الربانية، البيان في شرح مختصر ابن الحاجب في الأصول، شرح البديع لابن الساعاتي في أصول الفقه، وغيرهم، توفي سنة ٧٤٩هـ.</p> <p>شذرات الذهب جـ ٦ ص ١٦٥، الأعلام، للزركلي جـ ٧ ص ١٧٦.</p>	٤٧١
٦٤	<p>محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن حسن (الإمام النووي) الفقيه الشافعي الحافظ الزاهد، ولد سنة ٦٣١هـ، من تصانيفه: الروضة، المنهاج، شرح للمهذب، المنهاج في شرح مسلم، رياض الصالحين، وكتاب الإنكار. وغيرهم، توفي سنة ٦٧٦هـ.</p> <p>شذرات الذهب جـ ٥ ص ٣٥٤ - ٣٥٦، للنجوم الزاهرة جـ ٧ ص ٢٧٨، المعبر جـ ٣ ص ٣٣٤.</p>	٤٣٥
٦٥	<p>مسعود بن عمر بن عبد الله (سعد الدين التفتازاني) من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد بتفتازان (من بلاد خراسان) سنة ٧١٢هـ، من مؤلفاته: تهذيب المتطوع، المطول في البلاغة، وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب في الأصول، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح، وغيرهم، توفي سنة ٧٩٣هـ، وقيل: سنة ٧٩١هـ.</p> <p>شذرات الذهب جـ ٦ ص ٣١٩ - ٣٢١، الأعلام للزركلي جـ ٧ ص ٢١٩.</p>	٣٥٨

م	المسلم	رقم الصفحة
٦٦	معاوية بن أبي سفيان" سخر ابن حرب بن أمية بن عبد شمس ابن عبد مناف، القرشي الأموي، أحد دهاة العرب المتميزين الكبار ولد بمكة سنة ٢٠ قبل الهجرة، أسلم يوم فتح مكة سنة ٨ هـ، توفي سنة ٦٠ هـ. الأعلام للزركلي ج٧ ص ٢٦١ - ٢٦٢ ط خامسة سنة ١٩٨٠م دار العلم للملايين بيروت، شذرات الذهب ج١ ص ٦٥.	٢٤٩
٦٧	النعمان بن ثابت بن زوطى (الإمام أبو حنيفة) الفقيه المجتهد، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ، من تصانيفه: "المسند" فى الحديث، "والمخارج" فى الفقه، وغيرهما، توفي سنة ١٥٠ هـ. تهذيب التهذيب ج١٠ ص ٤٤٩، شذرات الذهب ج١ ص ٢٢٧، البداية والنهاية ج١٠ ص ١٠٧، سير أعلام النبلاء ج٦ ص ٣٩٠.	٤٥٨
٦٨	يعقوب بن إبراهيم الأنصارى (أبو يوسف) صاحب الإمام أبى حنيفة، ولد سنة ١١٣ هـ، توفي ببغداد سنة ١٨٢ هـ. شذرات الذهب ج١ ص ٢٩٨، التاج للزاهرة ج٢ ص ١٠٧، الطبقات الكبرى لابن سعد ج٧ ص ٣٣٠.	٤٥٨

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٣٤١	المقدمة:
٣٤٣	خطة البحث :
٣٤٥	الفصل الأول لفظ الأمر
	ويشتمل على ثلاثة مباحث:
	المبحث الأول
٣٤٥	أقوال العلماء فيما وضع له لفظ "أمر"
٣٤٥	القول الأول:
٣٤٧	القول الثاني:
٣٤٩	القول الثالث:
	المبحث الثاني
٣٥١	تعريف الأمر في اصطلاح الأصوليين
٣٥١	التعريف الأول:
٣٥٢	التعريف الثاني:
٣٥٤	التعريف الثالث:
٣٥٧	مقارنة بين التعريفات الثلاثة:
	المبحث الثالث
٣٦٠	هل يكون الأمر حقيقة في غير القول الطالب للفعل؟
٣٦٠	المذاهب:
٣٦١	الأدلة:

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٣٦٦	الفصل الثاني صيغة الأمر ويشتمل على سبعة مباحث:
٣٦٦	المبحث الأول فيما تستعمل فيه صيغة الأمر.
٣٧٤	المبحث الثاني فيما تفيد صيغة الأمر حقيقة.
٣٤٧	المذاهب.
٣٧٩	الأدلة.
٤٠٦	ثمرة الخلاف.
٤٠٦	الفرع الأول: للكتابة والإشهاد على الدين.
٤٠٩	الفرع الثاني: الإشهاد على البيع.
	المبحث الثالث
٤١٢	فيما يفيد الأمر بعد التحريم، وما يفيد النهى بعد الوجوب.
٤١٢	أولاً: ما يفيد الأمر الوارد بعد التحريم.
٤١٢	المذاهب.
٤١٣	الأدلة.
٤١٨	ثمرة للخلاف.
٤١٨	الفرع الأول: فيما يفيد الأمر الوارد في قوله تعالى ﴿ فكتوبهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٤١٩	الفرع الثاني: فيما يفيد أمر النبي - ﷺ - الوارد بالنظر إلى المخطوبة.
٤١٩	ثانياً: ما يفيد النهي الوارد بعد الوجوب.
	المبحث الرابع
٤٢١	فيما يدل عليه الأمر المطلق من المرة أو التكرار.
٤٢١	المذاهب.
٤٢٣	الأدلة.
٤٣٣	ثمرة الخلاف.
٤٣٣	الفرع الأول: الصلاة بتيمم واحد عدداً من الفرائض. ..
٤٣٥	الفرع الثاني: الأمر بإجابة المؤذن.
٤٣٦	الفرع الثالث: إذا قال لآخر: طلق بالإطلاق فماذا يملك؟
٤٣٧	الفرع الرابع: قطع يسرى السارق.
	المبحث الخامس
٤٣٨	فيما يفيد الأمر المطلق بشرط أو صفة.
٤٣٨	المذاهب.
٤٣٩	تحرير محل النزاع.
٤٤٠	الأدلة.

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
	المبحث السادس
٤٤٤	هل الأمر المطلق يفيد الفور أو التراخي؟
٤٤٤	المذاهب.....
٤٤٦	الأدلة.....
٤٥٥	ثمرة الخلاف.....
٤٥٥	الفرع الأول: المبادرة إلى أداء الزكاة.....
٤٥٦	الفرع الثاني: قضاء الصوم لمن أفطر في رمضان... ..
٤٥٧	الفرع الثالث: وجوب المبادرة إلى أداء فريضة الحج...
	المبحث السابع
٤٥٨	الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده؟
٤٥٨	المذاهب.....
٤٦٠	الأدلة.....
٤٦٧	الفصل الثالث مباحث متعلقة بالأمر
	المبحث الأول هل الأمر بالشئ ، أمر بذلك
٤٦٧	للشئ من الأمر الأول؟
٤٦٨	المذاهب.....
٤٦٩	الأدلة.....

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
	المبحث الثاني هل الأمر بالماهية المطلقة
٤٧١	أمر بجزئياتها؟
٤٧١	المذاهب.
٤٧٢	الأدلة.
٤٧٣	المبحث الثالث هل الأمران المتعاقبان للتأكيد؟
٤٧٤	الأقوال.
٤٧٥	الأدلة.
	المبحث الرابع الإتيان بالمأمور به هل يقتضى
٤٧٨	الإجزاء؟
٤٧٨	معنى الإجزاء.
٤٧٨	الأقوال.
٤٧٩	الأدلة.
٤٨٢	الخاتمة
٤٨٥	مراجع البحث.
٤٩٥	فهرس الأعلام.
٥١٥	فهرس الموضوعات.

رقم الإيداع بدار الكتب

٩٧ / ١٤٤٩٣

الترقيم الدولي

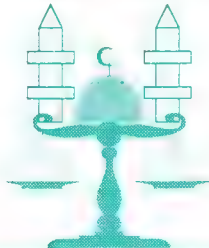
٤ - ٤٣ - ٥٥٣٢ - ٩٧٧



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العدد

الحادي عشر

"الجزء الثاني"



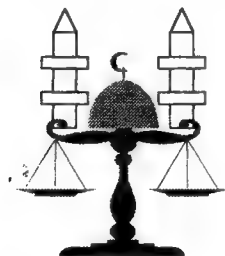
١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العدد

الحادي عشر

"الجزء الثاني"



محتويات الجزء الثاني

رقم البحث	عنوان البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١	التحكيم بين الأفراد فى الفقه الإسلامى	د/ أحمد عبد العليم عبد اللطيف	٥٢١
٢	شرع من قبلنا عند الأصوليين دراسة وتطبيق	د/ صلاح أحمد عبد الرحيم	٥٨١
٣	حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى عند الأصوليين	د/ مدحت مصطفى أحمد	٧٧٥
٤	حقيقة الغرة	أ.د/ سيف رجب قزامل	٨٥٤
٥	زكاة العسل والخضروات دراسة فقهية مقارنة	أ.د/ سعد النين مسعد الهلالي	٨٨٤
٦	مراعاة المجتهد الخلاف	أ.د/ حمذى صبحى طه	٩٢٠
٧	التأويل فى اصلاح الأصوليين وأثره فى استنباط الأحكام الشرعية	أ.د/ محمد عبد العاطى محمد على	٩٤٤



كلية الشريعة والقانون بأسسيوط

التحكيم بين الأفراد في الفقه الإسلامي

إهداء
إلى

د. / أحمد عبد العليم عبد اللطيف

المدرس بقسم الفقه العام بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بأسسيوط

١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م



الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين ولا عدوان
الاعلى الظالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وامام
المرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله
وصحبه والتابعين باحسان إلى يوم الدين.

ويعهد..

فان الله تعالى أرسل رسوله الكريم بدينه القويم ليهدي به
من يشاء الى صراط مستقيم، وأسس شرعه الكريم على أقوى
القواعد وأيسر الطرق، مشيدا بالعدل والحق والتقوى مؤيدا
بالأدلة القاطعة، والحجج الدامغة، التي توصل الحق إلى
اصحابه، فتستقر الاحوال لبنى الانسان ويسود الأمن والأمان
والطمأنينة والاستقرار، ويعم الحب والود والوئام أرجاء العالم
الذى يعانى آثار الظلم والجور والانتقام، ولتطبيق هذا شرع
الحكم بين الناس لرفع الظلم عن المظلومين، وإيقاع العقاب
بالخارجين والمارقين، وأمر الذين يحكمون بين الناس أن يحكموا
بالعدل وعدم الميل والاحتياز لاحدهما حتى فى النظرة، والتحكيم
مظهر من مظاهر الفصل بين الخصوم، يوجد باختيارهم
ورضاهم، ومن ثم كان من الواجب اظهار احكامه، حتى يتسنى
التعرف عليه فى يسر وسهولة.

والله ولى التوفيق،،

أهمية البحث:

فى التحكيم تيسير على الناس خاصة فى عصرنا هذا حيث يطول زمن التقاضى نظراً لتزاحم المنازعات، وكثرة الخصومات الملقاة على عاتق القضاة ناهيك عن كثرة الاجراءات، والمؤن من رسوم التقاضى، وأجر الوكيل (المحامى) أونحو ذلك من المؤن التى قد تساوى الحق أو تزيد عليه فى بعض المنازعات، الأمر الذى قد يؤدى بدوره إلى هجر أصحاب الحقوق لحقوقهم ابتداء بعدم الذهاب الى مجالس القضاء (المحاكم) أو هجرها أثناء نظر الخصومة، فضلاً عن هذا فإن طول الاجراءات يؤدى الى التحايل من جهة من عليه الحق، فإذا كان من عليه الحق يعلم جيداً طول الاجراءات، وحبان أجل الاداء، ماطل فى الاداء حتى يضطر صاحب الحق إلى اللجوء الى القضاء فتتاح الفرصة أمام المدين بسبب كثرة الاجراءات وطول امد التقاضى، وهذا فى حقيقته يلحق الضرر بأصحاب الحقوق وهو ممنوع شرعاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .

كذلك وإذا كان التحكيم يتم بارادة المتخاصمين، كان الحكم الصادر من الحكم محلاً لقبول الخصوم ورضاهم به حقيقة وحكما، خاصة إذا ما كان المحكم مشهوراً بالعدل والورع والتقوى، الذى بدوره يؤدى الى قطع النزاع حقيقة وحكما، حقيقة بالوصول الى الحق، وحكما بإيجاد المودة والمحبة بين الخصمين بعد الحكم، بخلاف الحكم الصادر من القاضى فهو وإن كان

يقطع النزاع ويأخذ بيد صاحب الحق في الوصول إلى حقه إلا أنه ينطوى على الالتزام بالتقاضي، الذي قد يورث للضعيفة، وقد قال سيدنا عمر ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن، وبالصلح يحصل المقصود من القضاء، والتحكم في حقيقته صلح، والحكم يصلح بين الناس، بتحكيمة وما أخرج الناس إلى التصالح بطريق التحكيم.

وهذا لا يعني ترك القضاء فإن القضاء هو الأصل في الفصل في سائر الخصومات، والحاق العقوبات بالخارجين والمارقين وولايته ولاية عامة، وتعيين القضاة واجب على الامام، فلا يستقيم حال ولا يستقر أمر بغير قضاء عادل، وإنما المراد بيان محاسن التحكيم للعمل به بجانب القضاء في المنازعات التي يجوز فيها، تخفيفا عن كاهل القضاء وتعاوننا معه، وعلى الله قصد السبيل.

المبحث الاول

فى

تعريف التحكيم، وركنه، ووصفه الشرعى، ودليله

أولاً: تعريف التحكيم:

التحكيم فى اللغة مصدر من حكم بالتشديد أى فوض اليه الحكم، أو أمر بالحكم، أو أجاز حكمه، يقال حكموه فيما بينهم أى أمروه أن يحكم، ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أى أجزنا حكمه بيننا، وقال حكمته فى مالى إذا فوضت اليه الحكم فيه.^(١)

وفى اصطلاح الفقهاء يطلق ويراد به تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما.^{(٢) (٣)}

(١) لسان العرب لابن منظور ط دار احياء التراث العربى بيروت لبنان ج ٣ ص ٣٧١.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ط دار احياء التراث العربى بيروت - لبنان ط ثانية ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م ج ٥ ص ٣٤٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ج ٧ ص ٢٤.

(٣) وانظر هذا المعنى فى الهداية شرح بداية المبتدى للمرخي الحنفى ط مصطفى الحلبي ج ٣ ص ١٠٨، وفتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام، والعناية على الهداية للباقرى ط مصطفى الحلبي بمصر ط اولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م (-) ج ٧ ص ٣١٦، المنتقى شرح الموطأ للإمام الباقى ط دار الكتاب العربى بيروت لبنان ط ثانية سنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ج ٥ ص ٢٢٦، تكملة للمجموع شرح المذهب =

= لمحمد نجيب المطيعى ط مكتبة الارشاد جدة المملكة العربية السعودية ج ٢٢ ص ٣٣٤، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الشريبنى ط مصطفى الحلبي بمصر ١٣٧٧ - ١٩٥٨ م شرح منتهى الارادات لمنصور بن ادريس البهوى ط دار الفكر ج ٣ ص ٤٦٧.

ثانياً: ركن التحكيم:

التحكيم عقد من العقود، ومن ثم فينعتد بما ينعقد به أي عقد من الإيجاب والقبول بالالفاظ الدالة عليه، وقد ذكر ابن نجيم الحنفى فى كتابه البحر الرائق ما يفيد ذلك بما نصه: (وركنه هو اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر، فلو حكما رجلا فلم يقبل لايجوز حكمه). (١) (٢)

ثالثاً: الوصف الشرعى للتحكيم:

الوصف الشرعى هو ما يحكم به الشارع على أقوال الانسان أو أفعاله من إباحة، أو وجوب، أو فرض، أو حرمة، أو كراهية. (٣)

والوصف الشرعى للتحكيم عند جمهور الفقهاء هو الجواز أو الإباحة (٤)

وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى عدم جواز التحكيم مطلقاً، وذهب البعض الآخر منهم إلى جوازه بشرط عدم وجود قاضى بالبلد.

الأدلة:

استدل القائلون بعدم الجواز مطلقاً بالمعقول.

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٨.

(٢) انظر هذا المعنى فى المراجع السابقة.

(٣) احكام الاسرة فى الاسلام أ.د/ سعد محمد حسن ط العنوى بأسويط ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م ص ١٠.

(٤) المراجع السابقة.

ووجهه: ان فى جواز التحكيم افتيات على الامام.^(١)
واستدل القائلون بجوازه بشرط عدم وجود قاض بالبلد بالمعقول
أيضا

ووجهه: ان الاصل فى الفصل فى المنازعات هو القضاء، ولا
يعدل عن ذلك الاصل الا لضرورة وهى عدم وجود قاض فى
البلد.^(٢)

واستدل الجمهور بالكتاب، والسنة:
أما الكتاب فقوله تعالى: "قابضوا حكما من أهله وحكما من
أهلها"^(٣)

وجه الدلالة من الآية:

انه لما جاز التحكيم بين الزوجين دل هذا على جوازه فى
سائر الخصومات،^(٤) الاما استثنى كما سيأتى إن شاء الله تعالى.
وأما السنة: فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لابی شريح: (إن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم، قال إن
قومى إذا اختلفوا فى شئ أتونى فحكمت بينهم فرضى كلا
الفریقین بحكمى، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحسن
هذا، فمن أكبر ولدك قال شريح قال فأنت أبو شريح).^(٥)

(١) مغنى المحتاج للشريعى ج ٤ ص ٣٧٩.

(٢) للمرجع السابق.

(٣) سورة النساء الآية: ٣٥.

(٤) البناية على الهداية للعينى ط دار الفكر ط أولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ج ٧ ص ٦٦.

(٥) الحديث أخرجه النسائى فى سننه من أدب القضاء، وأخرجه أبو داود عن شرح بن
هائى بسند صحيح برقم ٤٩٥٥، التمسائى ج ٧ ص ٢٢٦.

وجه الدلالة من الحديث:

ان هذا الحديث يدل على جواز التحكيم لانه لو لم يكن جائزا لما أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا شريح على ما قال، والتقرير أحد وجوه السنة.

وما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من حكم بين اثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فهو ملعون) ^(١)

وجه الدلالة من الحديث:

أن هذا الحديث يدل على جواز التحكيم، والإلزام والإلما رتب رسول الله صلى الله عليه وسلم اللعن على عدم العدل لانهما يمكنهما ترك الحكم إذا كان جوراً. ^(٢)

وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم. ^(٣)

وأما الاجماع: فان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم، ^(٤) ويدل لهذا ما روى أنه كان بين عمر بن الخطاب، وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه، فأتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى

(١) الحديث أخرجه النسائي في سننه، تلخيص الخبير ١٨٥/٤.

(٢) الزجيرة لشهاب الدين القرافي المالكي ط دار الغرب الاسلامي تحقيق الاستاذ محمد بوخيزة ج ١٠ ص ٣٥.

(٣) الاثر ورد في فتح القدير ج ٧ ص ٣١٦.

(٤) البداية على الهداية ج ٧ ص ٦٦، فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٦.

مأيتك بأمر المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخل بينه فألقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزممتي، فقال أبي نعفى أمير المؤمنين ونصده. (١)

وأيضاً تحاكم عثمان بن عفان، وطلحة بن عبيد الله رضى الله عنهما الى جبير بن مطعم رضى الله عنه. (٢)
اعتراض على الاستدلال بهذا الاثر، والذي قبله:

إن عمر وعثمان رضى الله عنهما كانا خليفتين فإذا حكما أحدا صار قاضيا (٣) فمن ثم يكون تحكيمهما قضاء الاحكام.
الجواب عن الاعتراض:

انه لم ينقل عن عمر وعثمان أكثر من رضاهما بالحكم وذلك لا يصير به المحكم قاضيا، لان الرضا بالصورة الخاصة لا يصير بها أحد قاضيا. (٤)

أيضا يمكن الاستدلال على جواز التحكيم من المعقول، وهو من وجهين:

الاول: القياس على الصلح من حيث ان كلا منهما من باب الاصلاح بين الناس حيث ان المحكم يقوم برفع المنازعة القائمة

(١) الاثر: أخرجه البيهقي في سننه عن الشعبي.

(٢) الاثر: أخرجه البيهقي في سننه عن الشعبي.

(٣) الزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٥، المجموع ج ٢٢ ص ٣٢٤.

(٤) المرجعين السابقين نفس الصحيفات.

بين الخصمين كالمصالح، فهو صلح من حيث المعنى ^(١) فكما يجوز الصلح فكذلك التحكيم، وهذا في نظري يرقى بالتحكيم من مرتبة الجواز الى مرتبة الندب.

الثاني: أن التحكيم اذا كان برضا المحكمين يكون قد صدر ممن له ولاية فيصح. ^(٢)

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء في الوصف الشرعي للتحكيم ارى النفس تطمئن الى اختيار القول بالجواز لقوة ادلته وسلامتها من المعارضة، واذا ثبت هذا فلا مانع من اصطحاب القول بالجواز حتى يتسنى تفصيل القول في التحكيم لبيان أحكامه، وعلى الله قصد السبيل.

^(١) لان الصلح مندوب اليه شرعا بقوله تعالى: " والصلح خير " فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦، ٣١٧.
^(٢) المراجع السابقة نفس الصفحات.

المبحث الثاني

الفرق بين القضاء والتحكيم

حتى يتضح الفرق بين القضاء والتحكيم يتعين التعرض لأمريين وهما: الفرق بين التحكيم بتولية الامام، والتحكيم بتولية الخصمين، وأوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الاول

الفرق بين التحكيم بتولية الامام وتولية الخصمين

إذا كان التحكيم بتولية الامام، فإن المحكم يأخذ صفة القاضى فى كل شئ ويكون بمنزلته، ويكون حكمه كحكمه،^(١) ومن ثم فيكون الكلام فيه كالكلام فى القضاء، وهو ليس بموضوع لهذا البحث ومن ثم فسيكون الكلام فى هذا البحث قاصرا على التحكيم بتولية الخصمين ورضاهما إن شاء الله تعالى.

المطلب الثانى

أوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم

- (١) انه يشترط فى الحكم ما يشترط فى القاضى من حيث أهلية الشهادة، وأهلية الاجتهاد.
- (٢) ان الحكم الصادر من المحكم، يكون بمنزلة حكم القاضى المقلد.^(٢) من حيث عدم جواز نقضه على المختار.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم ج ٧ ص ٢٥.

(٢) بدائع الصناعات للكاسانى ج ٧ ص ٥.

المطلب الثالث

أوجه الفرق بين القضاء والتحكيم

القضاء، والتحكيم يفرقان في أمور منها:

- (١) أن التحكيم لا يكون في الحدود، وكذا القصاص على المختار، بخلاف القضاء الذي يكون في الحدود وغيرها باتفاق الفقهاء.
- (٢) أن التحكيم لا يلزم مالم يتصل به الحكم، فلو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه، وإذا حكم صار لازماً، بخلاف القضاء الذي يلزم بمجرد رفع الدعوى، ولا يصح فيه رجوع.
- (٣) أن نقص حكم المحكم محل خلاف، بخلاف حكم القاضي الذي لا يصح نقضه بالاتفاق.^(١)
- (٤) أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير المحكمين، بخلاف حكم القاضي الذي يتعدى إلى غير المتخاصمين.
- (٥) أن التحكيم لا يصح إلا بتراضي الخصمين على كونه حكماً، بخلاف القضاء الذي يكون بتولييه الامام الذي ينوب عن المسلمين.
- (٦) كتاب القاضي إلى القاضي يجوز بالاتفاق، بخلاف كتاب المحكم إلى القاضي وعكسه، ففي جوازه خلاف.
- (٧) أن المحكم لا يتقيد ببليد، بخلاف القضاء الذي يتقيد ببليد القاضي.^(٢)

هذه هي بعض الأمور التي يخالف فيها المحكم القاضي.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٥، الحاوي الكبير للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٥.
 (٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٢٧، ٢٨، الحاوي الكبير للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٥، ٣٦، ٣٢٧، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٨، ٣٤٩، تبصرة للحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للامام الباجي ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها.

المبحث الثالث

في

شروط التحكيم

لكي يصح التحكيم لابد من توافر بعض الشروط، وهذه الشروط منها ما يرجع الى الحكم، ومنها ما يرجع الى المحكمين، ومنها ما يرجع الى الشيء محل التحكيم، واليك بيان ذلك:

أولاً: ما يرجع الى الحكم من شروط:

حتى يصح التحكيم وينفذ لابد وأن يكون الحكم أهلاً للقضاء ن فإن لم يكن من أهل القضاء بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه.^(١)

وأهلية القضاء تتحقق بأهلية الشهادة، وأهلية الاجتهاد وأهلية الشهادة تتحقق بالأمور الآتية:

(١) الاسلام، اذا كان التحكيم بين مسلمين فيشترط اسلام المحكم،

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤، فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٧، الزخيرة للامام القرافي ج ١٠ ص ٣٦، الحاوي الكبير في شرح مختصر المزني لابن الحسن علي بن محمد بن حبيب المالوري ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج ١٦ ص ٣٢٥، المغني، والشرح الكبير على متن المقنع للامام موفق الدين، وشمس الدين ابني قدامة ط دار الفكر ج ١١ ص ٤٨٤، البناء على الهداية للعيني ج ٧ ص ٦٧، تبصرة الحكام في اصول الاقضية والأحكام للإمام أبي عبد الله بن فرحون المالكي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان اولى ج ١ ص ٤٤، مغني المحتاج للشريني ج ٤ ص ٣٧٨، المجموع شرح المهذب ج ٢٢ ص ٣٢٤، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٧.

وهذا باتفاق الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)، وعلى هذا فلا يجوز تحكيم الكافر والنمى بين المسلمين لانه ليس من أهل القضاء وليس من أهل الشهادة، لان كلا من القضاء والشهادة ولاية والكافر ليس أهلا للولاية لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"^(٥)، وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ولاية لغير المسلم على المسلم"^(٦)

ويصح تحكيم الكافر والنمى بين الكفار والنميين لان لهم ولاية على بعض، قال تعالى: "والذين كفروا بعضهم أولياء بعض"^(٧) (٢) الحرية، فلا يجوز تحكيم العبد باتفاق الفقهاء.^(٨)

وذلك لان العبد لا يلى أمر نفسه، فلا يلى أمر غيره.

(٣) العقل^(٩)، كذلك يشترط فى الحكم أن يكون عاقلا، وعلى هذا لا يصح تحكيم المجنون، ومن فى حكمه، والمعتوه ومن فى

(١) انظر فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٢.

(٢) تبصرة للحكام - لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للباي - ج ٥ ص ٢٢٨.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

(٤) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٥) الآية ١٤١ من سورة النساء.

(٦) الحديث.

(٧) الآية ٧٣ من سورة الانفال.

(٨) المراجع السابقة نفس الصحيفات.

(٩) فتح القدير، والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٢، تبصرة للحكام ج ١ ص ٤٤، المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٨، مغنى للمحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٤٦٤.

حكمه، وذلك لانهم غير مكلفين، فهم تحت ولاية الغير فلا يكونون أولياء على غيرهم، ^(١) وهذا باتفاق الفقهاء أيضا.

(٤) الذكورة، ومن ثم فلا يصح تحكيم المرأة، وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، تبعا لاختلافهم في جواز قضاء المرأة.

فذهب الشافعية ^(٢) والحنابلة ^(٣) والمالكية ^(٤) في قول الى عدم صحة تحكيم المرأة، واذا حكمت فحكمت فحكمها باطل.

وذهب الحنفية، ^(٥) الى القول بجواز تحكيم المرأة الا في الحدود والقصاص، والى هذا ذهب بعض المالكية.

وذهب المالكية في قول آخر الى جواز تحكيم المرأة اذا حكمت فيما يختلف الناس فيه.

وفي قول آخر للمالكية يجوز تحكيمها اذا كانت بصيرة عارفة مأمونة الا في خطأ بين. ^(٦)

الادلة:

استدل أصحاب القول الاول على عدم الجواز، بالقياس على القضاء والشهادة، فكما لاتجوز شهادتها، لايجوز قضاؤها،

(١) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤.

(٢) أدب القضاء لشهاب الدين أبي اسحاق المعروف بابن أبي الدم الشافعي ط اولى مطبعة الارشاد بغداد ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م ج ١ ص ١٤٥.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٤، ٤٦٧.

(٤) المنتقى للبسامي ج ٥ ص ٢٢٨، الزخيرة للقرافي ج ١ ص ٣٦.

(٥) فتح القدير على الهدية ج ٧ ص ٣١٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٤.

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المنتقى للباجي ج ٥ ص ٢٢٨.

وكذلك تحكيمها. ^(١) ولقوله صلى الله عليه وسلم: " إن يفلح قوم ولوا أمرهم لمرأة " ^(٢)

ولأن النساء ناقصات عقل ودين ^(٣) فهي ليست أهلاً للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم.

ولم يول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أحد من حلفائه امرأة قضاء. ^(٤)

واستدل القائلون بالجواز بما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولي الشفاء وهي أم سليمان بن أبي جثمة سوق المدينة، ولا بد لو ألى السوق من الحكم بين الناس ولو في صغار الأمور. ^(٥)

وأيضاً استدلوا على جواز تحكيمها بالقياس على جواز شهادتها ولما كانت أهلاً للشهادة في غير الحدود والقصاص كانت أهلاً للقضاء في غيرهما، وإذا جاز قضاؤها فلأن يجوز تحكيمها من باب الأولى. ^(٦)

ولأن للمرأة ولاية على نفسها فيصح تحكيمها. ^(٧)

^(١) مغني المحتاج ج ٤ ص، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٤٦٤.
^(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ج ٣ ص ٨٤، ج ٤ ص ٣٧٦، والنسائي في سننه ج ٢ ص ٢٠٥، والترمذي في سننه ج ٢ ص ٤٢، والحكم في المستدرک ج ٣ ص ١١٨.

^(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

^(٤) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٤٦٤.

^(٥) المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٨.

^(٦) فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٧.

^(٧) المرجع السابق.

والمختار من هذه الأقوال هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من أنقول بعدم جواز تحكيمها لما استدلوا به، ولما قد يترتب على مخالطة المرأة للرجال من مفسد.

(د) البلوغ، كذلك يشترط لصحة التحكيم أن يكون الحكم بالغاً، وهذا ما ذهب اليه الفقهاء من الحنفية والشافعية، والحنابلة، والمالكية في قول.^(١)

وعلى هذا فلا يصح تحكيم الصبي، وإذا حكم فلا يلزم حكمه. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

(١) ان الصبي ليس من أهل الشهادة^(٢) فلا يصح تحكيمه.
(٢) ان غير المكلف تحت ولاية غيره فلا يكون والياً على غيره.^(٣)

(٣) ولأنه بالتحكيم يصير حاكماً كالمولى من جهة الحاكم^(٤) فلا بد وأن يكون من أهل الولاية العامة.

وذهب المالكية في قول آخر الى جواز تحكيم الصبي، وذلك قياساً على جواز وكالته.^(٥)

(١) فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٦، الحاوي للماوردى ج ١٦ ص ٣٥٢ شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٥، أنب القضاء لابن ابي النعم ج ١ ص ٤٣١، المنتقى للبايجى ج ٥ ص ٢٢٨.

(٢) فتح القدير، والغناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٦.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٥.

(٤) الحاوي للماوردى ج ١٦ ص ٣٢٥.

(٥) المنتقى للبايجى ج ٥ ص ٢٢٨، تبصرة للحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

سبب الخلاف فيما تقدم:

هو هل التحكيم من باب الوكالة فلا يشترط فيه البلوغ، أم من باب الولاية في حكم خاص فيشترط فيه ما يشترط للولاية.

فمن رأى أنه من باب الوكالة قال بجواز تحكيم الصبي والمرأة، وغيرهما، عدا ذهاب العقل كالمجنون، وامثاله، ومن رأى أنه من باب الولاية في حكم خاص قال بأشترط شروط الولاية، ومن ثم فلا يجوز تولية الصبي، والمرأة ونحوهما ممن لاتجوز شهادته.

(٦) العدالة:

اتفق الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة على اشتراط العدالة في المحكم، ومن ثم فلا يجوز تحكيم الفاسق، وإذا حكم فلا يصح تحكيمه ولا ينفذ حكمه.^(١)

ويرى الحنفية ما يراه جمهور الفقهاء الا أنهم يرون أن المحكم وإن كان لا يجوز تحكيمه لكن إذا حكم بجوز تحكيمه وينفذ حكمه،^(٢) فعدم الجواز عند الحنفية معناه الاولى عدم تحكيمه.

استدل الجمهور على عدم جواز تحكيم الفاسق:

بان الفاسق فيه نقص يمنع قبول شهادته^(٣) لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إن جأكم فاسق بنياً فتبينوا" ^(٤)

(١) الزخيرة للإمام للرافعي جـ ١٠ ص ٣٦، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٥، الحاوي للماوردي جـ ١٦ ص ١٥٨، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٤٦٤.

(٢) فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص ٣١٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٤٦٤.

وجه الدلالة من الآية:

انه لايجوز أن يكون الحاكم ممن لايقبل قوله، ويجب التبيين عند حكمه.

ولان الفاسق لايجوز أن يكون شاهدا فأولى أن لا يكون قاضيا،^(١) واذا كان لا يصح أن يكون قاضيا فلا يصح أن يكون حكما.

واستدل الحنفية على جواز تحكيم الفاسق بانه ليس من أهل الشهادة، فلا يصح أن يتولى القضاء،^(٢) واذا لم يصح أن يتولى القضاء، فلا يصح توليه التحكيم.

وعلى ما تقدم يكون عدم جواز تحكيم الفاسق متفق عليه بين الفقهاء.

(٧) ان لا يكون محدودا في قذف، اتفق الفقهاء^(٣) على عدم جواز تحكيم المحدود في قذف، وذلك لانه ليس من أهل الشهادة فلا يكون أهلا للتحكيم.

(٨) البصر: لان الاعمى لا يميز المدعى من المدعى عليه، ولا المقر من المنكر، فلا يجوز تحكيمه.

(٩) النطق: لان الاخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته، ومن ثم فلا يجوز تحكيم الأخرس.

(٥) الآية ٦ من سورة الحجرات.

(١) شرح منتهى الارادات ج٣ ص٤٦٤، فتح القدير على الهداية ج٧ ص٣١٦.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص٣١٦.

(٣) المرجع السابق نفس الصحيفة، شرح منتهى الارادات ج٣ ص٤٦٤.

(١٠) السمع: لان الأصم لا يسمع كلام الخصمين، فلا يجوز
تحكيمه^(١)

هذا بالنسبة لما يتعلق بأهلية الشهادة.

وأما أهلية الاجتهاد فتتحقق بأمر منها:

أن يعلم الكتاب، والسنة، باقسامهما من عبارتهما
واشارتهما، ودلالاتهما واقتضائهما، وناسخهما ومنسوخهما، ومناط
أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لنلا يقع فى
القياس فى مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه يقدمه على
القياس فلا يقيس فى معارضة قول الصحابي^(٢)
ويعلم عرف الناس أنحو ذلك مما لا يتسع المقام لذكره فى هذا
البحث.

هذا وأهلية الاجتهاد محل خلاف بين العلماء على النحو

التالى:

أقوال الفقهاء فى اشتراط أهلية الاجتهاد:

لما كانت أهلية القضاء شرط فى المحكم فيمكن
استخلاص مدى اشتراط أهلية الاجتهاد فى المحكم وعدم
اشتراطها من خلال اشتراطها فى القاضى وعدم اشتراطها،
ونذلك ببيان أقوال الفقهاء فيها:

(١) بدائع الصنائع للكاملانى ج٧ ص ٤٠٣، شرح منتهى الارادات ج٣ ص ٤٦٥، ٤٦٦،
المنقى للبايجى ج٥ ص ٢٨٨، معنى المحتاج ٣٧٥، الحاوى للكبير ج١٦ ص ١٥٨ وما
بعدها، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٣٨٢.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٢٥٩، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٣٨٤،
مغنى المحتاج للشرينى ج٤ ص ٣٧٥ وما بعدها.

- (١) ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة وبعض الحنفية الى القول باشتراط أهلية الاجتهاد فى القاضى،^(١) ومن ثم فلا يجوز تقليد القضاء لغير المجتهد.
- (٢) وذهب الحنفية فى القول الثانى الى أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية وليست شرط التولية، وعلى هذا فيصح تقليد غير المجتهد كالمقلد. ^(٢)

الدلالة:

استدل الجمهور على اشتراطهم أهلية الاجتهاد: مما يأتى أولا الكتاب: قال تعالى: "وان أحكم بينهم بما أنزل الله " ^(٣) وقال تعالى: "لتحكم بين الناس بما أراك الله" ^(٤) وقال تعالى: " فان تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول" ^(٥)

وجه الدلالة من الآيات:

ان العامى أو المقلد لا يمكنه الحكم على ما جاء فى الآيات الكريمة، واذا لم يمكنه الحكم على ما جاء فيها حكم بجهل واذا حكم بجهل لم يكن حكمه هو ما أنزل الله، فلا يجوز.

ثانياً السنة: ماروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " القضاة ثلاثة إثنان فى النار وواحد فى الجنة، رجل

(١) المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٣، الحاوى الكبير للملوردى ج ١٦ ص ٣٢٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٢) فتح القدير والنعنية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٦، ٢٥٧.

(٣) الآية ٤٩ من سورة المائدة.

(٤) الآية ١٠٥ من سورة النساء.

(٥) الآية ٥٩ من سورة النساء

علم الحق فقصى به فهو الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ورجل جار في الحكم فهو في النار".^(١)
وجه الدلالة: ان العامي إذا قضى فانما يقضى بجهل وهو لايجوز.^(٢)

دليل القول الثاني:

إن الجاهل أو المقلد يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه، ويؤيد ذلك ما رواه أحمد بن حنبل في مسنده ان علياً رضي الله عنه قال انقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنقضي إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء، فقال ان الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شكت في قضاء بين اثنين بعد ذلك.^(٣)

وجه الدلالة:

ان هذا الحديث يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز، لان علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد.^(٤)

(١) الحديث رواه ابن ماجة في سننه برقم ٢٣١٥، والبيهقي ج ١٠ / ١٦٦، وصححه، وابو داود برقم ٣٥٧٣، ورواه الحاكم في المستدرک عن بريدة وصححه ٩٠/٤، ورواه الطبرانی في الاوسط والكبير عن ابن عمر، وأبو داود في باب الاضية عن بريدة بن الحبيب ٢٩٩/٣، وانظر مجمع الزوائد ١٩٣/٤، ونيل الاوطار ٢٢٧٤/٧، سبل السلام ١١٦/٤، نصب الرأية ٦٥/٤، والبيهقي ١١٧/١٠، والترغيب والترهيب لابن عبد القوي ط النور الاسلامية ج ٣ ص ١٣٨.

(٢) المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٤، ٣٨٣.

(٣) الحديث رواه الامام أحمد بن حنبل في مسنده.

(٤) فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٢٥٧، ٢٥٨.

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد وعدمه أرى ان القول المختار هو ماذهب اليه الحنفية لما استدلوا به، ولان قولهم بان الاجتهاد شرط الأولوية يتفق والواقع لان المجتهد لا يوجد في كل عصر في الغالب، واذا وجد في كل عصر فكيف يتولى قضاء البلاد الاسلامية مترامية الأطراف في وقت واحد، فالقول بجواز تقليد العامي المقلد فيه إيمان تولى منصب القضاء، اما القول باشتراط الاجتهاد في القاضى فيؤدى الى سد باب القضاء فى أغلب الأحيان، ويؤيد هذا ما قاله الامام الغزالي رحمه الله: "اجتماع هذا الشرط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وان كان جاهلا فاسقا." (١)

واذا كان هذا هو الحال فى عصر الامام الغزالي فكيف يكون الحال فى عصرنا.

هذه هى شروط التحكيم الخاصة بالمحكم (بالفتح)، واليك شروط التحكيم الخاصة بالمحكمن (بالكسر).
ثانياً: ما يرجع الى المحكمين من شروط:

ايضاً حتى يصح التحكيم وينفذ يشترط فى المحكمين ما يأتى:

(١) العقل: (٢) فلا يصح التحكيم من جهة الصبى غير المميز ومن فى حكمه كالمجنون، والمعتوه، وذلك لان هؤلاء لا ولاية لهما على أنفسهما فلا يصح أن يوليا الأمر الى غيرهما.

(١) فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٢٥٣.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ ص ٢٤.

(٢) الرضا بالتحكيم: حتى يصح للتحكيم وينفذ لابد وأن يتراضى الخصمان على التحكيم الى وقت الحكم فان رضى به أحدهما ولم يرض الآخر، أو رضيا به ثم رجعا، أوردج أحدهما بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكم المحكم سواء حكم للراضى أو للمراجع منهما.^(١)

ثالثاً: ما يرجع الى الشئ محل التحكيم:

حتى يصح التحكيم وينفذ يشترط فى محله أن لا يكون حقاً من حقوق الله تعالى، فان كان لايجوز التحكيم ولا ينفذ، وسأتعرض لتوضيح ذلك عند الكلام عما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز ان شاء الله تعالى.

ويلاحظ انه حتى يكون الحكم أهلاً للتحكيم، كذلك يتعين استمرار هذه الاهلية من وقت التحكيم الى وقت الحكم به، وعلى هذا لوحكمنا عبدا فتق أوصييا فيلغ أوزميا فأسلم، ثم حكم لم ينفذ حكمه، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم لردت والعياذ بالله لم ينفذ حكمه.^(٢)

^(١) الحاوى الكبير للموردى ج١٦ ص٣٢٥، مغنى المحتاج ج٤ ص٣٧٩، المجموع شرح المذهب ج٢٢ ص٣٢٤، فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص٣١٧، المنقى للباي ج٥ ص٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٤٣، الزخيرة للفرقى ج١٠ ص٣٦، المغنى لابن قدامة ج١١ ص٤٨٤، وما بعدها.
^(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج٧ ص٢٤.

المبحث الرابع

صفة التحكيم

التحكيم عقد من العقود، والعقود من حيث صفتها تنقسم إلى عقود لازمة وغير لازمة، والمراد من هذا المبحث معرفة كون التحكيم من العقود اللازمة، أو الجائزة، وهل هو جائز مطلقاً أم لازم مطلقاً، أم هو جائز ابتداء لازم انتهاء هذا ماسيئضح من التفصيل الآتي:

أولاً: التحكيم بعد التعاقد قبل النظر في الخصومة:

التحكيم بعد التعاقد قبل النظر لازم لطرفيه بمجرد التعاقد جلسا للخصومة أم لا، نظر الحكم في الخصومة أم لا، وهذا ما يراه ابن الماجشون من فقهاء المالكية.

ووجه هذا القول أن التحكيم عقد والعقد يلزم بالتراضي كذلك التحكيم بين الزوجين يلزم بالقول فذلك التحكيم بين غيرهما. ^(١)

ثانياً: التحكيم بعد التعاقد بعد شروع الحكم في النظر بينهما:

وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التحكيم بعد التعاقد جائز مالم يشروع الحكم في النظر بينهما ولا يلزم بالقول كما قال ابن الماجشون، وهذا ما يراه ابن القاسم من فقهاء المالكية ومن تبعه.

(١) المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٧، تبصرة للحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٣ وما بعدها.

وروجه هذا القول. قياس التحكيم على الوكالة في الخصومة فكما لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما يشرع في الخصومة عند القاضي فكذا التحكيم، أما قبل الشروع في النظر في الخصومة بينهما من جهة القاضي فيجوز له عزله.

والدليل على أنه وكالة. أن حكم المحكم حكم خاص، لأن حكمه إنما يكون بان من يحكم له أو عليه، وهذا معنى الوكالة.^(١)
ثالثاً: التحكيم بعد العقد إلى حين الشروع في الحكم:

يرى بعض الشافعية أن خيار المحكمين ينقطع بشروع الحكم في الحكم، فإذا شرع فيه صار لازماً لهما.

وروجه هذا أن القول بالخيار بعد الشروع في الحكم مفضي إلى أنه لا يلزم بالتحكيم حكم إذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه فيصير التحكيم لغواً.^(٢)

رابعاً: التحكيم بعد التعاقد إلى حين الحكم:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى القول بثبوت الخيار للمحكمين من حين العقد إلى حين الحكم في الخصومة، ومن ثم يجوز لأحد

(١) المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٢) الحاوي الكبير للموردي ج ١٦ ص ٣٢٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٧ ص ٥، فتح القدير والعناية على الهدية ج ٧ ص ٣١٧.

(٤) المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٤.

(٥) ادب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ١٤٦، الحاوي الكبير للموردي ج ١٦ ص ٣٢٦.

(٦) شرح القدير، الارادات للبهوتي ج ٣ ص ٤٦٧.

المحكمين أن يرجع عن رضاء بالتحكيم الى أن يحكم الحكم فى الخصومة فإذا حكم صار التحكيم لازما لهما.

وروجه هذا القول: ان الحكم مقلد من جهة المحكمين فله عزله قبل أن يحكم، كما ان للحاكم ان يعزل القاضى قبل أن يحكم.

وايضا استدلوا على جواز الرجوع بالقياس على الوكالة وهو أن الحكم لايلزم الابرضا الخصمين، فيجوز الرجوع قبل الحكم كرجوع الموكل قبل تصرف وكيله فيما وكل. (١)

سبب الخلاف

يمكن رد سبب الخلاف الى الامور الآتية:-

هل التحكيم من باب الولاية فى حكم خاص، فيلزم التحكيم بمجرد العقد ؟

أم أن التحكيم من باب الوكالة فلا يلزم الا بالشروع فى التصرف من جهة الوكيل ؟

أم ان التحكيم من باب الوكالة بالخصومة عند القاضى فيلزم بمجرد الايجاب والقبول، ومن رأى الثانى قال ان التحكيم لايلزم الا بالحكم، ومن رأى الثالث قال لايلزم قبل الشروع فى النظر فى الخصومة، ويلزم بعده والله أعلم.

(١) فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٧، المنتقى للباجى ج٥ ص ٢٢٧.

القول المختار:

والذى أميل الى الأخذ به هو القول الرابع القائل بان التحكيم من باب عموم الوكالة فيأخذ حكمها من جهة الرجوع فكما يلزم الموكل تصرف وكيله فكذلك التحكيم، لان التحكيم مبنى على رضا الخصوم فيكون لهم الرجوع الى وقت الحكم، ولا يكون لهم الرجوع بعد الحكم لانهما قد رضيا ابتداءا بالحكم حين رضيا بالتحكيم.

بم يلزم الحكم الصادر من الحكم

اتضح فيما سبق ان التحكيم يلزم بالحكم على المختار، أما هنا فالمراد توضيح ما به يلزم الحكم الصادر من الحكم هل يلزم بنفسه أم لا بد من رضى المحكمين بالحكم حتى يلزم، اختلفت أقوال الفقهاء فى هذه المسئلة على النحو التالى:

فذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣) والشافعية^(٤)

فى الاظهر الى أن حكم المحكم يلزم بنفسه من غير حاجة الى رضا الخصوم.

وذهب الشافعية فى القول الآخر عندهم الى أن حكم المحكم لا يلزم الا بالرضا به.^(٥)

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢٦، فتح القدير والعناية على الهداية ج ٧ ص ٣١٧.

(٢) المنتقى للباجي، ج ٥ ص ٢٢٨، تبصرة الحكم لابن فرجون ج ١ ص ٤٣.

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤١٧، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٤٨٥.

(٤) الحاوى الكبير للملوردى ج ١٦ ص ٣٢٦، مغنى المحتاج للشريني ج ٣ ص ٣٧٩.

(٥) انظر المرجعين السابقين.

الدالة:

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا اليه بما يأتي:-

(١) ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله ".^(١)

وجه الدالة من الحديث:

ان النبي صلى الله عليه وسلم رتب الوعيد على عدم العدل في الحكم فكان الوعيد دليلا على لزوم حكمه في حالة عدله. ^(٢)

وماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " واذا كنتم ثلاثة فأمرؤا عليكم واحدا ".^(٣)

وجه الدلالة من الحديث:

ان المؤتمر صار بالتأخير نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كان واليا عليهم، ولذلك انعقدت الامامة باختيار أهل الاختيار.

(٣) ولان الحكم صدر عن ولاية شرعية من المحكمين فلا يبطل الحكم بعزلها فيلزم.

(٤) ولان من صح حكمه لزم بنفس الحكم قياسا على الحاكم الذي ولا، الامام. ^(٤)

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) الحاوي الكبير للمارودي ج١٦ ص٣٢٦، المجموع شرح المذهب ج ٢٥ ص٣٢٤، الزجيرة للقرافي ج ١٠ ص٣٥.

(٣) الحديث أخرجه الطبراني في كشف الخفاء ج ١ ص١٠٣.

(٤) الحاوي الكبير للمارودي ج١٦ ص٣٢٧، المجموع شرح المذهب ج٢٢ ص٣٢٤، البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص٢٦، فتح القدير على الهداية ج٧ ص٣١٧.

واستدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالقياس على
الفتيا لان التحكيم لما وقف على خيار الخصمين في الابتداء
وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء.^(١)

القول المختار:

بعد عرض ما ذهب اليه الفقهاء أرى النفس تطمئن الى
الأخذ بما ذهب اليه الجمهور، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولان
التحكيم يصبح غير ذي جدوى اذا لم يكن حكم المحكم لازماً.
والله أعلم،،

(١) المجموع شرح المذهب جـ ٢٢ ص ٣٢٤، الحاوي للكي للموردي جـ ١٦ ص ٣٢٦،
مغني المحتاج للشربيني ج٢ ص ٣٧٩.

المبحث الخامس

ما يجوز فيه التحكيم وما لايجوز

اتضح مما تقدم أن التحكيم أخص من القضاء لعموم ولاية القاضى وخصوص ولاية المحكم، وهذا يعنى أن المحكم أحط رتبة من القاضى، لاقتصار حكم المحكم على من رضى به، بخلاف حكم القاضى الذى ينفذ فى مواجهة الكافة.

وفهم مما تقدم أن القاضى يحكم فى سائر الخصومات والمحكم بخلافه حيث يقتصر دوره فى التحكيم على بعض الخصومات، وللوقوف على الخصومات التى يجوز للمحكم الفصل فيها يتعين بيان ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز، ومن ثم فيكون الكلام فى هذا المبحث فى المطالب الآتية:

الأول: ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق.

الثانى: ما لا يجوز التحكيم فيه بالاتفاق.

الثالث: ما هو محل خلاف.

المطلب الأول

في ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق

اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على جواز التحكيم، في الأموال وما يجرى مجراها كعقود المعاوضات، مثل البيوع والاجازات، والكفالة بالمال، أو نحو ذلك.

وذلك لأن التحكيم في الأموال وقع لجمع من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فيكون جائزاً^(١) في حق غيرهم.

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٨، المبسوط للسرخسي ط دار للكتب العلمية بيروت لبنان ج١٦ ص ١١١، للزخيرة للامام القرافي ج١٠ ص ٣٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤١، المنتقى للامام الباجي ج٢ ص ٢٢٨، المجموع شرح للمهذب ج٢٢ ص ٣٢٤، مغنى المحتاج للشريني ج٤ ص ٣٧٩، الحاوى الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٥، شرح منتهى الارادات للبهوتي ج٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

المطلب الثانى

مالا يجوز فيه التحكيم بالاتفاق

أيضاً اتفق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، على عدم جواز التحكيم فى الحدود التى هى حق خالص لله تعالى كحد الزنا، والشرب، والسرقه. والدليل على ذلك من وجوه:

- (١) أن الإمام هو المنوط به إستيفاء الحدود لأمر الشرع بذلك.
- (٢) أن حكم المحكم ليس بحجة فى حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود لا تستوفى مع وجود شبهة.
- (٣) أن الحدود التى هى حق خالص لله تعالى ليس لها طالب معين حتى تكون محلاً للتحكيم، لأن حكم المحكم لا ينفذ إلا على راض به قبل الحكم، لما تقدم أن الرضا هو الميثب للولاية فلا بد من تقدمه على الحكم.
- (٤) ولأن الحدود تستلزم إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين ومن عداها لم يرض بحكم هذا المحكم، وأن الله تعالى لم يجعل النظر فيها إلى المحكم^(٥).

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٦ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ ص ٢٤، المبسوط لشمس الدين السرخسى ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج١٦ ص ١١١.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٣، المنتقى للإمام الباجى ج٥ ص ٢٢٦، الزخيرة للإمام القرافى ج١٠ ص ٣٤.

(٣) مغنى المحتاج للشرىينى ج٤ ص ٣٧٨، شرح لب القضاء لابن أبى الدم، ج١ ص ٤٢٨، المجموع شرح للمهذب ج٤ ص ٣٢٤.

(٤) شرح منتهى الارادات للبهوتى ج٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة المقدس ج١١ ص ٤٨٥.

(٥) المراجع السابقة.

المطلب الثالث

الأمر المختلف فيها

تقدم بيان الأمور التي يجوز التحكيم فيها باتفاق الفقهاء والتي لا يجوز فيها بالاتفاق، وبقي ما عداهما مما هو محل خلاف بين الفقهاء، كالحدود التي هي حق العبد، أو مشترك بين الله وبين العبد، والقصاص، وغيرهما كالطلاق والنكاح، والعنق، واللعان، والنسب، والولاء، أو نحو ذلك، وإليك بيان ذلك:

أقوال الفقهاء في الأمور المختلفة فيها:

القول الأول: وهو للمالكية حيث ذهبوا إلى القول بعدم جواز التحكيم في حد القنف، والقصاص والطلاق، والعنق، والنسب، والولاء، واللعان بين الزوجين.

ودليل ذلك: أن هذه الأحكام يناط الحكم فيها إلى الإمام لما يحتاجه الحكم في هذه الأمور من الاحتياط فلا يحكم فيها إلا من قام بالولاية العامة، لأن القاضي لا يتولى القضاء إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التي تقتضي ذلك له، أو يؤمن في الأغلب أمره، أو من يقدمه الإمام أو الحاكم لضرورة داعية إلى ذلك.

ولأن الحكم في هذه الأمور يستلزم إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين، ومن عداهما لم يرض بحكم هذا المحكم وتوضيح ذلك على سبيل المثال.

(١) اللعان. يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه فقد ينفيه هذا المحكم، وليس له ولاية على الحكم على هذا الولد.

(٢) النسب، والولاء، يسرى حكم المحكم فى النسب والولاء على غير المحكمين، ومن يسرى إليه من غيرهما لم يرض بحكم المحكم، فلا يكون لحكمه فائدة.

(٣) الطلاق، والعتاق. كذلك الطلاق فيهما حق الله تعالى، إذا لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن فى العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وإن رضى^(١).

القول الثانى: ذهب الحنفية فى قول إلى جواز التحكيم فى الحدود التى ليست حقاً لله تعالى كحد القذف، وكذلك القصاص، والطلاق، والنكاح والعتاق، والكفالة بالنفس والمال، والكفارات، وأرش الجنايات أو نحو ذلك من المجتهديات، وذهب إلى هذا القول علماء الشافعية، والحنابلة^(٢)، فى رواية عنهم.

ودليل ذلك. أن حد القذف والقصاص، من حقوق العباد فيجوز التحكيم فيها كالأموال^(٣).

ولأن التحكيم وقع برضا المحكمين فيجوز^(٤).

القول الثالث: ذهب الشافعية^(٥) فى القول الثانى والحنابلة^(٦) فى الرواية الثانية إلى جواز التحكيم فى كل شئ إلا فى

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٤، المنتقى للإمام الباجى ج٥ ص ٢٢٨، الزخيرة للقرافى ج١٠ ص .

(٢) الحواشى للكبير للماوردى ج١٦ ص ٣٢٥، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

(٣) ويمكن تمام الاستدلال بأنه إذا كان يجوز التحكيم فى حد القذف والقصاص فلن يجوز فى غيرهما من الأمور المجتهد فيها من باب الأولى.

(٤) فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٨، الحواشى الكبير للماوردى ج١٦ ص ٣٢٦.

الحدود، والقصاص، والتكاح واللعان، ووافقهم بعض علماء الحنفية^(١) في الحدود والقصاص حيث روى عدم جواز التحكيم في حد القذف والقصاص خلافاً لقولهم السابق ذكره.

ودليل ذلك: أن لهذه الأحكام ميزة على غيرها، فاختص الامام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه فيها^(٢).

سبب الخلاف

لعل سبب الخلاف بين الفقهاء فيما تقدم راجع إلى أن هذه الأمور هل هي حق لله تعالى، فلا يتولى الحكم فيها غير من ولاه الامام المنوط به تطبيق حكم الله، أم أنها من حقوق العباد، ومن ثم يملك الشخص التحكيم لكونه أهلاً لتقويض النظر في الفصل فيها إلى الغير، أم أن السبب هو أن حكم المحكم لا يتم ولا ينفذ لمساس حكمه بحق المحكمين الذين لم يرضوا بتحكيمة. والناظر فيما تقدم يرى أن المانعين استندوا في المنع إلى أن هذه المسائل يتعلق بها حق الله، وليس الحكم أهلاً للفصل فيها، لأن المحكمين لا يملكون توليته، لأن الذي يملك ذلك هو الامام، وأيضاً تعلق حق غير المحكمين، فمن ثم إذا حصل الحكم لا ينفذ في حق غيرهما لأنهما لم يرضوا بتحكيمة، وبالتالي لا

(١) مغنى المحتاج للشريني ج٤ ص ٣٧٩، الحاوي الكبير للمواردى، ج١٦ ص ٣٢٥، شرح أدب القضاء لابن أبي الدم ج١ ص ٤٢٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات ج٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

(٣) فتح القدير، والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٨.

(٤) المغنى لابن قدامة ج١١ ص ٤٨٥.

يكون لتحكيمه فائدة وإذا كان الأمر كذلك كان المنع من الابتداء أولى.

أما بالنسبة للمجيزين فالناظر في كلامهم يرى أنهم يعتبرونها من حقوق العباد ومن ثم يكون لصاحب الحق في أن يفوض من يشاء في الفصل أما الحكم، وأما القاضى.

والدليل على هذه الوجهة أنهم اتفقوا على أن الحدود التى هى حق خالص لله تعالى كالزنا والسرقه، والشرب أو نحو ذلك، لا يجوز التحكيم فيها، وكذلك تجدهم متفقين على جواز التحكيم فى الأموال وما يجرى مجراها، أما غير ذلك من الأمور كالنكاح، والطلاق، وحد القذف، والقصاص، أو نحوها فتجد الأمر فيها دائر بين الجواز والعدم، وإذا ثبت هذا يمكن التوفيق بين أقوال الفقهاء باستخلاص ما يأتى:

- (١) عدم جواز التحكيم فى المسائل التى هى حق لله تعالى.
- (٢) جواز التحكيم فى المسائل التى هى حق خالص للعبد.
- (٣) عدم جواز التحكيم فيما هو دائر بين كونه من حقوق الله تعالى وكونه حق العبد، وذلك لقدرة القاضى التى تفوق هذه الأمور تغليباً لحق الله تعالى على حق العبد، ولا يقال أنه إذا كان الأمر دائراً بين كونه حق الله وحق العبد يغلب حق العبد، لغنى الله وحاجة العبد لأنه يمكن القول بأن هذا يصح ويقبل فى غير التحكيم أما فى التحكيم فلا يقبل لأن مصلحة العبد فى مثل هذه الأمور تتحقق فى حالة الفصل بالقضاء لما يتميز به القضاء من ميزات لا توجد فى التحكيم، ولما يتوافر للقاضى من امكانيات الوصول إلى الحق التى قد لا تتوافر للمحكم.

مسئله: ما الحكم إذا حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه؟

الجواب عن هذا فى المطلب التالى:

المطلب الرابع

حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه

حكم للمحكم لا يخلو من حالتين: إما أن يحكم فقط، وإما أن يحكم وينفذ.

الحالة الأولى: إذا حكم ولم ينفذ:

اختلف للحكم في هذه الحالة على أقوال:

الأول: ذهب المالكية في قول، والشافعية في قول إلى أن المحكم إذا حكم فيما ليس له أن يحكم فيه نفذ حكمه فيه، ولكن ينهاه الإمام عن العودة.

الثاني: ذهب المالكية في القول الثاني إلى أنه إذا حكم فيما ليس له أن يحكم فيه ينقض حكمه، وينهى عن العودة من جهة الإمام^(١).

الحالة الثانية: إذا حكم ونفذ:

يرى المالكية في هذه الحالة أن المحكم لو حكم فيما ليس له أن يحكم فيه، وأقام ذلك بنفسه، فقتل أو اقتص أو ضرب الحد، أدبه السلطان وزجره، ونفذ ما كان صواباً من حكمه، وصار المحدود بالقنف محدوداً والتلاعن ماضياً^(٢).

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، للزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٧، المنتقى للباي ج ٥ ص ٢٢٨، ٢٢٩، شرح لب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ٤٣٠.
(٢) تبصرة للحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، للزخيرة للقرافي ج ١٠ ص ٣٧.

المبحث السادس

مدى نفاذ حكم المحكم ونطاقه

إذا كان حكم المحكم لازم للخصمين كما تقدم، فهل هذا يعنى أن الحكم يصبح محصنا بمعنى أنه لا ينقص من جهة القاضى، أو من جهة حكم آخر فما نطلق هذا النفاذ، هذا ما سيتضح فيما يأتى:

أولاً: نقض حكم المحكم:

لتوضيح هذه المسألة يتعين بيان أمرين:

الأول: إذا كان جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم:

اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أن للقاضى أن ينقض حكم الحكم إذا كان حكمه جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، فإذا كان حكمه جوراً لم يختلف فيه أهل العلم، قضى القاضى ببطلانه^(١).

وهذا الحكم مبناه القياس على حكم القاضى، فإذا كان حكم القاضى ينقض إذا كان جوراً بيناً فكذلك حكم المحكم ينقض إذا كان جوراً بيناً.

(١) وهذا إذا كان حكمه فيما يجوز له أن يحكم فيه، أما إذا كان حكمه وارداً فيما لا يجوز له أن يحكم فيه، فلا يجوز تحكمه فيه، ولا يجوز حكمه من باب الأولى، انظر فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٧، المبسوط للمرخسى ج ١٦ ص ١١١، الزخيرة للقرافى ج ١٠ ص ٣٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

الثاني: إذا لم يكن جوراً:

إذا عدل المحكم في حكمه، ولم يكن جوراً، فيل يجوز للقاضي إذا رفع إليه هذا الحكم من المحكم أو من الخصوم أن ينقضه أم لا، وكذلك إذا رفع إلى حكم آخر هل يجوز له أن ينقضه ويحكم بخلافه أم لا، للاجابة على هذا تسأل أقول: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والمالكية^(٣)، في قول إلى عدم جواز نقض حكم الحكم من جهة القاضي أو من جهة حكم آخر سواء كان حكمه موافق لمذهب القاضي أو الحكم الآخر أم لا، وسواء كان موافقاً لمذهب الخصوم أم لا. وجاء في معنى المحتاج ما يفيد ذلك بما نصه (ويمضي حكم المحكم كالقاضي، ولا ينقض إلا بما ينقض به قضاء غيره)^(٤).

وجاء في شرح منتهى الارادات في شأن حكم المحكم ما نصه (ويلزم الحاكم قبوله وكتابه ككتاب من ولاه الامام)^(٥).

(١) المجموع شرح المذهب ج ٢٢ ص ٣٢٥، معنى المحتاج للشرع ج ٤ ص ٣٧٩.

(٢) شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٦٧.

(٣) تبصرة للحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٤) معنى المحتاج للشرع ج ٤ ص ٣٧٩.

(٥) شرح منتهى الارادات للبهوتي ج ٣ ص ٤٦٧.

وجاء في تبصرة لابن فرحون ما نصه: (ثم إذا حكم المحكم فليس لأحدهما أن ينقض حكمه، وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم)^(١).

القول الثاني:

وذهب الحنفية إلى القول بجواز نقض حكم المحكم مطلقاً، سواء كان حكمه موافقاً لمذهب الخصوم أم لا، وسواء كان موافقاً لمذهب القاضى أو الحكم الآخر أم لا.

فجاء في الهداية: (وإذا رفع حكمه إلى القاضى فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة فى نقضه ثم فى إبرامه على ذلك الوجه، وإن خالف مذهبه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه)^(٢).

وهذا كما ترى لا يفيد الإلزام، إنما غايته إذا كان حكمه موافقاً لمذهب القاضى أن لا داعى لنقضه والحكم به مرة أخرى بنفس الوجه الذى حكم به المحكم.

القول الثالث:

وذهب المالكية فى القول الثانى إلى عدم جواز نقض حكم المحكم إذا كان موافقاً لمذهب الخصمين، وجواز نقضه إذا كان مخالفاً لمذهب الخصمين.

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤.

(٢) فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٣١٧، المبسوط للمرعى ج ١٦ ص ١١١.

وجاء في الزخيرة للقرافي ما يفيد ذلك فجاء فيها (وإذا كان من أهل الاجتهاد ومالكيا، ولم يخرج بإجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج والخصمان، مالكيان لم يلزمهما)^(١). واستدل أصحاب المذهب الأول لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً - الكتاب:

قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية:

أن التحكيم عقد فيجب الوفاء به كسائر العقود^(٣).

ثانياً - السنة:

وهي ما روى أن النبي - ﷺ - قال: (من حكم بين اثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فهو ملعون)^(٤).

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث يدل على الزام حكم الحكم وإلا لما لعن الحكم في حالة الجور لأنه يكون لهما ترك حكمه في حالة الجور^(٥).

ثالثاً - المعقول:

ووجهة القياس على حكم القاضي فكما يلزم حكم القاضي فكذلك حكم الحكم^(٦).

(١) الزخيرة للامام القرافي جـ ١٠ ص ٣٦.

(٢) الآية/ ١ من سورة المائدة.

(٣) الزخيرة للقرافي جـ ١٠ ص ٣٥.

(٤) الحديث سبق تخريجه.

(٥) الزخيرة للقرافي جـ ١٠ ص ٣٥، المجموع شرح المهذب جـ ٢٢ ص ٣٢٥.

ولأنه حكم قد صح ولزم فلم يكن له نسخة لمخالفته رأيه^(١).

واستدل أصحاب القول الثاني بالمعقول ووجهه أنه ليس للمحكمين ولاية على القاضي، وإنما ولايتهما قاصرة على أنفسهما فقط. فلا يلزم حكمه على القاضي ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدين كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا^(٢).

واستدل أصحاب القول الثالث بالمعقول ووجهه أن المحكمين حكماء ليحكم على مذهبهما فإذا خرج عن مذهبهما لم يلزمهما^(٣).

القول المختار:

الناظر فيما تقدم من أقوال الفقهاء، وما استدلوا به يجد النفس تطمئن إلى الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك للأمور الآتية:-

(١) أن الحكم يشترط فيه ما يشترط في القاضي كما سبق، وهذا يعنى أن الحكم قاضى من جهة الحكم وإن لم يكن قاضيا من حيث التولية، وإذا كان كذلك فليس أقل من نفاذ حكمه إذا لم يكن منظويا على جور.

(١) الزخيرة للقرافي ج١٠ ص ٣٥.

(٢) المجموع شرح المذهب ج٢٢ ص ٣٢٥.

(٣) فتح القدير والعناية على الهدية ج٢ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١١.

(٣) الزخيرة للقرافي ج١٠ ص ٢٦.

(٢) انه إذا كان التحكيم صلح من حيث المعنى كما يقول الحنفية والصلح يتم وينفذ بمجرد التصالح وليس التحكيم أقل درجة من الصلح.

(٣) ان الرضا بتحكيم شخص يعنى الرضا بحكمه دون حكم غيره ورضاهما يعنى عدم رضاهما برفع الخصومة أمام القاضى أما رهبة منه أو عدم الثقة فى حكمه إذ ليس كل قاض يعدل.

(٤) ان القول بعدم نفاذ حكم الحكم من جهة القاضى أو من جهة حكم آخر يترتب عليه عدم جدوى التحكيم.

(٥) ان القول بنقض حكم الحكم يترتب عليه عدم استقرار الأحكام وخاصة إذا كان المحكم مجتهدا.

والله أعلم،

ثانياً - نطاق حجية حكم المحكم:

سبق أن تبين عموم ولاية القاضى، وخصوص ولاية المحكم أو قصورها، وهذا معناه أن حكم القاضى ينفذ فى مواجهة الناس كافة بخلاف حكم الحكم الذى يقتصر أثره على المحكمين فقط، ومن ثم فحكم الحكم لا يمتد أثره على غير المحكمين، وبعبارة أخرى أن حجية حكم المحكم لا تمتد إلى غير المحكمين^(١)، ولتوضيح ذلك إليك بعض الأمثلة.

(١) انظر هذا المعنى فى: أدب القضاء لابن أبى اللم ج١ ص ١٤٧ فتح القدير والعناية على الهداية ج٧ ص ٣١٧، البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٨.

(١) في حالة التحكيم في عيب بالمبيع، فلو أن البائع والمشتري اختلفا في عيب اطلع عليه المشتري وحكما فيه شخصا آخر فحكم الحكم برده على البائع الثاني فليس للبائع الثاني أن يرده على البائع الأول الذي اشترى منه، إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول.

(٢) في حالة التحكيم في عيب بمشتري من الوكيل، فلو أن الوكيل بالبيع اختصم مع المشتري منه في العيب فحكما بينهما رجلا فحكم برد المبيع على الوكيل فهذا الحكم لا يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما.

(٣) في حالة التحكيم في القتل الخطأ والحكم بالدية على العاقلة فإذا حكم المحكم لا ينفذ حكمه على العاقلة في هذه الحالة لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم^(١).

وهذه القاعدة وهي عدم تعدى حكم المحكم إلى غير المحكمين يرد عليها بعض الاستثناءات التي تمثل اختلافاً لوجهات نظر بعض الفقهاء، وهذه الاستثناءات يطول الكلام فيها ولا يتسع المقام لذكرها^(٢).

(١) فتح القدير والعلانية على الهداية ج٧ ص ٣١٩.

(٢) المرجع السابق نفس الصحيفة، الحاوي الكبير للمارودي ج١٦ ص ٣٢٧ أدب القضاء لابن أبي اللم ج١ ص ١٤٧.

المبحث السابع

طرق حكم المحكم وأثباته

أولاً - طرق حكم المحكم:

طرق اثبات المحكم لا تختلف عن وسائل اثبات القاضي. وعلى هذا فيجوز للحكم أن يسمع البينة، ويقضى بها لأنه لما صار حكماً عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة. كذلك يجوز للحكم أن يقضى بالنكول، والاقرار، لأن ذلك موافق للمشرع. أيضاً يجوز للحكم أن يخبر بقرار أحد الخصمين بأن يقول له اعترفت عندى لهذا بكذا.

كذلك يجوز للحكم أن يخبر بعدالة الشهود مثل أن يقول: قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعلوا عند وقد ألزمتك وحكمت به لهذا عليك، وحتى ولو أنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ، أو قامت عنده عليه بينه بشئ لم يلتفت إلى قوله وينفذ حكمه، وذلك لأن الحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الاخبار به قياساً على القاضي إذا قال فى قضائه لاتسان قضيت عليك لهذا بكذا بإقرارك أو ببينه قامت عندى على بذلك، فانه يصدق فى هذا كله، ولا يلتفت إلى انكار المقضى عليه، فكذا ها هنا^(١).

(١) فتح القدير والعناية على الهداية ج٢ ص ٣٢٠.

هذا بالنسبة للطرق التي يستعين بها الحكم للحكم، أما بالنسبة للوسائل التي يثبت بها المحكم حكمه فأليك توضيحها: كيفية إثبات حكم المحكم على المحكين:

حتى يثبت حكم المحكم على المحكين، ويقبل قوله عليهما، يتعين عليه أن يشهد به في المجلس الذي حكم فيه قبل التفرق، وذلك لأن قوله لا يقبل عليهما بعد الافتراق، كما لا يقبل قول القاضي بعد العزل.

فإذا حكم المحكم، وجدد أحدهما أو كلاهما حكمه بعد التفرق عن المجلس لم يقبل المحكم إلا بالبينّة، فإذا لم يكن قد اشهد على حكمه في مجلسه وحصل الجحود لم يقبل قوله. أما إذا حصل الجحود في المجلس بأن قال أحدهما أو كلاهما لم يحكم بيننا، وقال المحكم حكمت صدق الحكم أما بعد المجلس فلا يقبل قوله، وذلك لأن الحكم يملك انشاء الحكم ما دام في المجلس، ولا يملكه بعد ذلك^(١).

(١) مغنى المحتاج للشربيني ج٤ ص ٣٧٩، شرح منتهى الإرادات ج٣ ص ٤٦٧، الحاوى الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٧، فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٣٢٠، البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٨.

المبحث الثامن

من لا يجوز الحكم لهم وعليهم

لما كان الحكم يأخذ بعض صفات القاضى والشاهد، ويشترط فيه ما يشترط فيهما من حيث عدم التهمة فى حكمه كان من المتعين أن لا يحكم لبعض الأشخاص أو عليهم دفعا للتهمة عن حكمه، وعلى هذا فلا يجوز أن يحكم لهؤلاء الأشخاص أو عليهم، وذلك على هذا النحو.

أولاً - من لا يجوز أن يحكم لهم:

لا يجوز للمحكم أن يحكم لمن لا يجوز أن شهد لهم كأصوله مثل الأبوين وفروعه كالأولاد، وزوجته، قياساً على حكم القاضى، والشهادة لهم، وذلك لتوافر التهمة فى الحكم والشهادة لهم، هذا بالنسبة للحكم لهم، أما الحكم عليهم فيجوز لانتفاء التهمة فى حكمه عليهم.

وقيد بالأصول والفروع والزوجة، وذلك لأن الحكم للأخوة وأولادهم، والأعمام جائز لأن شهادته لهم جائزة، وكذلك بالنسبة لأبى امرأته، وزوج ابنته.

ثانياً - من لا يجوز أن يحكم عليهم:

كذلك لا يجوز للمحكم أن يحكم على عدوه، لكونه لا يجوز أن يشهد عليه، للتهمة، في شهادته وحكمه عليه، أما لو حكم له فيجوز لانعدام التهمة قياساً على الشهادة^(١).

ثالثاً - حكم ما لو حكم لمن لا يجوز أن يشهد له:

تقدم أنه لا يجوز للحكم أن يحكم لأصوله وفروعه للتهمة، ولكن ما الحكم لو حكم لأحد هؤلاء فهل ينفذ حكمه لهم أم لا؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: إذا حكم المحكم لمن لا يجوز أن يحكم له لا يجوز حكمه، ويبطل وذلك قياساً على عدم جواز حكمه لأحدهم بولاية القضاء، وهذا ما يراه الحنفية، والشافعية في قول^(٢).

والثاني: إذا حكم المحكم لمن لا يجوز أن يحكم له جاز حكمه بولاية التحكيم وإن لم يجز أن يحكم له بولاية القضاء، وذلك لأن ولاية التحكيم منعقدة باختيارهما، فصار المحكوم عليه راضياً بحكمه عليه، بخلاف ولاية القضاء لأنها منعقدة بغير اختيارهما، وهذا ما يراه بعض الشافعية^(٣).

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٨، فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٣٢٠، مغنى المحتاج للشريني ج٤ ص ٣٧٩.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ج٢ ص ٢٨، الحاوى الكبير للمارودي، ج١٦ ص ٣٢٧.

(٣) الحاوى الكبير للمارودي ج١٦ ص ٣٢٧، المجموع ج٢٢ ص ٣٢٠.

رابعاً - حكم ما لو حكم على من لا يجوز أن يشهد عليه:

إذا حكم المحكم على من لا يجوز أن يشهد عليه كعدوه فهل ينفذ حكمه أم لا؟

اختلفت الأقوال في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

الأول: لا يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، وإذا حكم لا ينفذ حكمه كما لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وكما لا يجوز أن يشهد عليه هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في قول^(١).

الثاني: يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم كما يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وإن كان لا يجوز أن يشهد عليه للفرق بين التحكيم والقضاء، والشهادة، وذلك لخفاء أسباب الشهادة فتقوم التهمة، وظهور أسباب الحكم فتنتفي التهمة، وهذا ما يراه بعض الشافعية.

الثالث: يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، لوقوع التحكيم باختياره وإن كان لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء لوقوع القضاء بغير اختياره، وهذا فسي قول لبعض الشافعية أيضاً^(٢).

وإذا ثبت ما تقدم فيما عدا هؤلاء الأشخاص الذين تقوم التهمة في حالة الحكم لهم وعليهم، يجوز للمحكم أن يحكم لهم وعليهم لعدم وجود التهمة، فخلص مما تقدم أن جواز الحكم لبعض الأشخاص أو عليهم، أو عدم جوازه يدور مع وجود التهمة وانتفاؤها، فإذا ما قامت التهمة امتنع الحكم، وإذا تخلت أو انتفت جاز الحكم.

والله أعلم،،،

(١) البحر الرائق ج٢ ص ٢٨، فتح القدير على الهداية ج٧ ص ٣٢٠، الحلو الكبير للموردي ج١٦ ص ٣٢٧.

(٢) الحلو الكبير للموردي ج١٦ ص ٣٢٨.

المبحث التاسع عزل المحكم

لما كان انعقاد التحكيم يتم بإرادة ورضا المحكمين كان من البديهي أن يتم عزل المحكم من جهتهما قبل أن يحكم بينهما، فإذا حكم لزم حكمه كما سبق على القول المختار.

وعلى هذا إذا حكما رجلا بينهما ورضيا بتحكيمة فلهما الرجوع في ذلك إلى أن يحكم بينهما ورجوعهما أو رجوع أحدهما عن التحكيم يعد بمثابة عزل للمحكم، وهذا القول باتفاق الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ووجه هذا: أن الحكم مقلد من جهة المحكمين، فله عزله قبل أن يحكم، قياساً على الحاكم، حيث له أن يعزل القاضي قبل أن يحكم، وقياساً على الوكالة، حيث يجوز للموكل الرجوع قبل تصرف الوكيل، فكذلك يجوز للمحكمين أن يرجعوا قبل أن يحكم المحكم^(٥).

كذلك ينعزل المحكم عن التحكيم إذا فقد شرطاً من شروط الأهلية الواجب توافرها فيه كما سبق.

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٧ ص ٥، فتح القدير والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٣١٧.

(٢) المنتقى للباي جـ ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٤٤.

(٣) أنب القضاء لابن أبي الدم جـ ١ ص ١٤٦، الحاوي الكبير للمواردي جـ ١٦ ص ٣٢٦.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي جـ ٣ ص ٤٦٧.

(٥) فتح القدير والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٣١٧، المنتقى للباي جـ ٥ ص ٢٢٧.

خاتمة البحث

يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولاً: ان الشريعة الإسلامية لها نظامها القائم بذاته والذي له خصائصه وهو عام وشامل لكل متطلبات الانسان في الحياة وفي كل العصور والأمكن.

ان أحكام الفقه الإسلامي محاطة بسياج العقيدة فلا تخضع لهوى العقل، والمصالح الخاصة لأنها مستمدة من كتاب الله وسنة رسول الله - ﷺ - ، ومن ثم فتطبق أحكامها على الناس لا يشعرهم بغربة، ولا يحسون فيها بظلم فيقبلون أحكامها بنفس راضية، وقلب مطمئن.

ثانياً: ان علماء الفقه الإسلامي لم يهملوا موضوع التحكيم، حيث وضحو أحكامه والمراد منه.

ثالثاً: ان التحكيم أحص من القضاء، فالقاضي يجوز له أن يقضى في جميع الخصومات، بخلاف التحكيم الذي يجوز في بعض الخصومات دون البعض.

رابعاً: ان علماء الفقه الإسلامي يتوضحهم أحكام التحكيم أعطوا الخصوم حق الاختيار بين اللجوء إلى القضاء واختيار من يفصل بينهم بمحض إرادتهم فيما يجوز التحكيم فيه.

خامساً: قد بين الفقهاء ما يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز حتى يكون هناك فارق بين التحكيم والقضاء.

سادساً: أيضاً أعطى فقهاء المسلمين التحكيم الذى يكون بأمر الإمام حكم القضاء والمحكم صفة القاضى، وحكمه كحكمه.

سابعاً: أيضاً اشترط فقهاء الشريعة استمرار تراضى المحكمين بالتحكيم إلى حين الحكم فى الخصومة حتى لا يكون الحكم على احدهما بغير رضاه.

ثامناً: أيضاً بين الفقهاء موقف القضاء تجاه حكم المحكم من حيث جواز نقضه وعدمه.

كذلك يجب الحث على العمل بأحكام هذا العقد عند تعيين اللجان الخاصة بالتحكيم بين الناس والتقييد بها فيما يجوز من غير الحدود والقصاص حتى يتسنى اعانة القضاء ورفع العناء عن كاهله، واتاحة القضاء الفرصة الكافية للفصل فى الأمور التى تحتاج إلى كثير بحث لإثباتها، سواء فى المعاملات المالية، أو غيرها.

مراجع البحث

أولاً: كتب اللغة:

١- لسان العرب لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور.

٢- المعجم الوجيز - لمجمع اللغة العربية.

ثانياً: كتب السنة:

٣- الترغيب والترهيب للإمام الحافظ زكى الدين عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى- المتوفى سنة ٦٥٦هـ.

٤- تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى.

٥- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعائى المتوفى سنة ١١٨٢هـ.

٦- سنن أبى داود للإمام سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٩٧هـ، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد.

٧- سنن ابن ماجة للإمام أبى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

٨- سنن البيهقى (السنن الكبرى) للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى النيسابورى المتوفى سنة ٤٥٨هـ.

٩- سنن الترمذى (الجامع الصحيح) لأبى عيسى بن محمد بن عيسى ابن سورة المتوفى سنة ٢٩٧هـ.

١٠- سنن النسائى للإمام أحمد بن شعيب النسائى المتوفى سنة ٣٠٣هـ.

- ١١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ.
- ١٢- المستدرک علی الصحیحین لأبی عبد الله محمد النيسابوري.
- ١٣- مسند الامام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن حنبل.
- ١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الله ابن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢هـ.
- ١٥- نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار للإمام بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ.

ثالثاً: كتب الفقه:

كتب فقه الحنفية:

- ١٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين ابن نجيم الحنفي.
- ١٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ.
- ١٨- البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني.
- ١٩- حاشية سعد حلي على الهداية مع فتح القدير.
- ٢٠- الدر المختار للعلامة علاء الدين محمد بن علي بن محمد بن علي الحصفكي المتوفى سنة ١٨٠٨م.
- ٢١- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٥هـ.

٢٢- العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود
البارتني المتوفى سنة ٧٨٦هـ.

٢٣- فتح القدير على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن عبد
الواحد السواسي المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ.

٢٤- المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل
السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ.

٢٥- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح
القدير) لشمس الدين المعروف بقاضي زاده.

٢٦- الهداية شرح بداية المبتدى للإمام برهان الدين أبي الحسن
علي بن عبد الجليل أبي بكر الفرغاني الميرغيناني المتوفى
سنة ٥٩٣هـ.

كتب فقه المالكية:

٢٧- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام
أبي الوفا إبراهيم بن الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد
بن فرحون اليعمرى المالكي.

٢٨- الزخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق
الاستاذ محمد أبو خبزة المتوفى سنة ٦٨٤هـ.

٢٩- المنتقى شرح الموطأ للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف بن
سعد بن أيوب بن واث الباجي المتوفى ٤٩٤هـ.

كتب فقه الشافعية:

٣٠- أدب القضاء لشهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ.

٣١- تكملة المجموع شرح المذهب للشيخ محمد نجيب المطيعي.

٣٢- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني للإمام أبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب الماوردي البصري.

٣٣- المجموع شرح المذهب للشيخ محي الدين النووي.

٣٤- متن المنهاج لأبي زكريا يحيى شرف النووي.

٣٥- مغنى المحتاج للشيخ محمد الشرييني الخطيب.

٣٦- المذهب للإمام الفيروز ابادي الشيرازي.

كتب فقه الحنابلة:

٣٧- شرح منتهى الارادات للشيخ منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي.

٣٨- المغنى والشرح الكبير على متن المقنع للإمامين موفق الدين وشمس الدين ابني قدامة.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٥٢٢	المقدمة:
٥٢٣	أهمية البحث:
	المبحث الأول
٥٢٥	تعريف التحكيم، وركنه، ووصفه الشرعي، ودليله
٥٢٥	أولاً: تعريف التحكيم:
٥٢٦	ثانياً: ركن التحكيم:
٥٢٦	ثالثاً: الوصف الشرعي للتحكيم:
	المبحث الثاني
٥٣١	الفرق بين القضاء والتحكيم
	المطلب الأول: الفرق بين التحكيم بتولية الأمام والتحكيم بتولية الخصمين:
٥٣١	المطلب الثاني: أوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم
٥٣٢	المطلب الثالث: أوجه الفرق بين القضاء والتحكيم
	المبحث الثالث
٥٣٣	شروط التمكيم
٥٣٣	أولاً: ما يرجع إلى الحكم من شروط
٥٣٣	(١) الإسلام:
٥٣٤	(٢) الحرية:
٥٣٤	(٣) العقل:
٥٣٥	(٤) الذكورة:
٥٣٧	(٥) البلوغ:
٥٣٨	(٦) العدالة:
٥٣٩	(٧) المحدود في قنف:

تايغ فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٥٣٩	(٨) البصر:.....
٥٣٩	(٩) النطق:.....
٥٤٠	(١٠) السمع:.....
٥٤٠	أقوال الفقهاء فى اشتراط أهلية الاجتهاد
٥٤٣	ثانياً: ما يرجع إلى المحكمين من شروط :
٥٤٣	(١) العقل :
٥٤٤	(٢) الرضا بالتحكيم :
٥٤٤	ثالثاً : ما يرجع إلى الشئ محل التحكيم :.....
	المبحث الرابع
٥٤٥	صفة التحكيم
٥٤٥	أولاً: التحكيم بعد التعاقد قبل النظر فى الخصومة :....
	ثانياً : التحكيم بعد التعاقد بعد الشروع فى النظر فى
٥٤٥	الخصومة :.....
٥٤٦	ثالثاً : التحكيم بعد التعاقد إلى حين الشروع فى الحكم:..
٥٤٦	رابعاً: التحكيم بعد التعاقد إلى حين الحكم :.....
٥٤٨	بم يلزم الحكم الصادر من الحكم؟.....
	المبحث الخامس
٥٥١	ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز
٥٥٢	المطلب الأول: ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق :.....
٥٥٣	المطلب الثانى: ما لا يجوز فيه التحكيم بالاتفاق:
٥٥٤	المطلب الثالث: الأمور المختلف فيها :
٥٥٨	المطلب الرابع : حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه:

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
	المبحث السادس
٥٥٩	مدى نفاذ المحكم ونطاقه
٥٥٩	أولاً: نقض حكم المحكم:
٥٥٩	الأول: إذا كان جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم.
٥٦٠	الثاني: إذا لم يكن جوراً:
٥٦٤	ثانياً: نطاق حجية حكم المحكم:
٥٦٥	(١) في حالة التحكيم في عيب بالمبيع:
٥٦٥	(٢) في حالة التحكيم في عيب بمشترى من الوكيل
٥٦٥	(٣) في حالة التحكيم في القتل الخطأ، والحكم بالدية على العاقلة :
	المبحث السابع
٥٦٦	طرق حكم المحكم، وإثباته
٥٦٦	أولاً: طرق حكم المحكم:
٥٦٧	ثانياً: كيفية إثبات حكم المحكم على المحكمين:
	المبحث الثامن
٥٦٨	من لا يجوز الحكم لهم وعليهم
٥٦٨	أولاً: من لا يجوز أن يحكم لهم:
٥٦٩	ثانياً: من لا يجوز أن يحكم عليهم:
٥٦٩	ثالثاً: حكم ما لو حكم لمن لا يجوز أن يشهد له:
٥٧٠	رابعاً: حكم ما لو حكم على من لا يجوز أن يشهد عليه
	المبحث التاسع
٥٧١	عزل المحكم
٥٧٢	خاتمة البحث:
٥٧٤	مراجع البحث:
٥٧٨	فهرس الموضوعات:



كلية الشريعة والقانون بأسسوط

بحث فى

شرع من قبلنا عند الأصوليين

دراسة وتطبيق

إعداد

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية

١٤١٩ - ١٩٩٨م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ثم أوحينا إليك أن تتبع ملة إبراهيم حنيفا
وما كان من المشركين

(الآية ١٢٣ من سورة النحل)

﴿لم نشرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك
وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا
تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم إليه الله يجتبي
إليه من يشاء ويهدي إليه من ينيب﴾

(الآية ١٣ من سورة الشورى)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أولاً: المقدمة

أحمدك والحمد من نعمك وأستزيدك من فضلك وكرمك
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة لا لغو في مقالها
ولا انفصال لاتصالها وأشهد أن سيدنا محمداً عبده الشريف
ورسوله المنيف وأمينه الذي كان عدلاً لا يحيف، أرسله بالرفقة
والرحمة وأيده بالثبات والعصمة وكشف به الغمة، فهو خير نبي
بعث إلى خير أمة صلى الله عليه وعلى آله صلاة يبلغهم بها
نهاية المراد والهمه ويبيض بها وجوه أوليائهم يوم الظلمة وسلم
تسليماً كثيراً.

وبعد

فإن الله تعالى لم يخلقنا عبثاً بل خلقنا لأمر عظيم هو
عبادته سبحانه، قال تعالى "وما خلقت الجن والإنس إلا
ليعبدون"^(١)، ولم يتركنا هملاً بل أرسل إلينا الرسل ليأخذوا بأيدي
الناس من الضلال إلى الهدى، فمن تبعهم فاز برضوان الله، ومن
عصاهم أدخل ناراً وقودها الناس والحجارة، قال تعالى "رسلاً
مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل
وكان الله عزيزاً حكيماً"^(٢).

واحتفظ سبحانه وتعالى بحق التشريع لنفسه فلا مشرع إلا
هو، وأمر عباده بالامتثال لحكمه والاحتكام إليه، قال تعالى: "فلا

(١) الآية ٥٦ من سورة الذاريات.

(٢) الآية ١٦٥ من سورة النساء.

وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم^(١)، وقال تعالى: "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون^(٢) وما عليه البشر الآن من الحيرة وكدر العيش والعداوة والنبغضاء إنما سببه عدم الاحتكام إلى الشريعة الغراء، ولا خروج لهم مما هم فيه إلا بالعودة الصادقة إلى حكم الله وشرعه والسير على منواله قال تعالى: "إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم^(٣)"، وفهم أحكام الشريعة إنما ينبع من تعلم علم أصول الفقه، لأن العلوم الأخرى وسائل إليه، وهو أقرب الوسائل إلى استنباط الأحكام الشرعية المستجدة، فهو أشرف العلوم وأعظمها قدراً وأرفعها ذكراً، يقول الإمام حجة الإسلام الغزالي هو العلم الذي ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأي والشرع فأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنى على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد، فهذا العلم قد جمع فيه شرف المنبع، وشرف الغاية وشرف الموضوع وأهمية الفائدة^(٤).

هذا: وقد عقدت العزم على أن أبحث عن موضوع من موضوعات هذا الفن لينشر في مجلة الكلية هذا العام، فوقع اختياري على موضوع "شرع من قبلنا عند الأصوليين دراسة وتطبيق"، وهذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها لأن أدلة الشرع

(١) الآية ٦٥ من سورة النساء.

(٢) الآية ٤٤ من سورة المائدة.

(٣) الآية ١١ من سورة الرعد.

(٤) راجع المستصفي ج ١ ص ٣ ط. دار الفكر.

منها ما هو متفق عليه بين العلماء وهى الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنها ما هو مختلف فيه وهى مذهب الصحابى، وشرع من قبلنا، والاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع وغيرها.

وعسانى بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين فى خدمة الشريعة الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها من تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونة والشمول والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمى عند الآخرين، وأن تعود من جديد لتمد العالم كما أمدته من قبل بأعظم ثمرة علمية عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د/صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانياً: خطة البحث:

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى خمسة مباحث وخاتمة وفهرس لموضوعات البحث وبيئاتها كالتالى:

المبحث الأول: فى التعريف بشرع من قبلنا.

المبحث الثانى: فى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلاً.

المبحث الثالث: فى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة.

المبحث الرابع: فى تعبد النبى ﷺ وأمنه بشرع من قبلهم بعد البعثة.

المبحث الخامس: فى أثر خلاف العلماء فى الاحتجاج بشرع من قبلنا فى الفقه الإسلامى.

ويشتمل على المسائل الآتية:

المسألة الأولى: فى الأضحية.

المسألة الثانية: فىمن نذر أن ينبح ولده أو ينحره ماذا يجب عليه؟.

المسألة الثالثة: فىمن حلف ليضرب زيداً أو امرأته مائة خشبة فضربه بالعتكال ونحوه فهل يبر فى يمينه أم لا؟.

المسألة الرابعة: فى ضمان ما تفسده المواشى والدواب المرسلة.

المسألة الخامسة: فى جعل المنفعة مهراً أو النكاح بالإجارة.

- المسألة السادسة: في ألفاظ النكاح.
- المسألة السابعة: في وجوب الإشهاد في النكاح.
- المسألة الثامنة: في حكم من فعل فعل قوم لوط.
- المسألة التاسعة: في الإسلام ليس شرطاً في الإحصان.
- المسألة العاشرة: في قتل الذكر بالأنثى.
- المسألة الحادية عشرة: في قتل الجماعة بالواحد.
- المسألة الثانية عشرة: في الجعل والجعالة.
- المسألة الثالثة عشرة: في إجبار البكر البالغة على الزواج من غير استئمار.
- المسألة الرابعة عشرة: في صحة ضمان المجهول.
- المسألة الخامسة عشرة: في الكفالة بالنفس.
- المسألة السادسة عشرة: في مشروعية الإجارة.
- المسألة السابعة عشرة: في حكم جهالة العمل في الإجارة.
- المسألة الثامنة عشرة: في حكم الختان.
- الخاتمة - ثم الفهارس.

المبحث الأول

تعريف شرع من قبلنا

تمهيد:

لقد شاء الله عز وجل أن يجعل الرسل مبشرين ومنذرين ومبلغين دعوة الله تعالى في أرضه، معلمين الناس التعاليم السماوية، وكان لكل رسول منهجه وتشريعه أنذى يناسب أمته وقومه إذ كانت شرائعهم محدودة ومخصوصة بأقوامهم قال تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً"^(١)، فقد دلت الآية أن كل رسول له رسالة خاصة به وقومه، أما رسالة سيدنا محمد ﷺ فإنها رسالة عامة وشاملة لكل الأحداث على مر الدهور والعصور، قال تعالى: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين"^(٢).

إذا تقرر هذا فما هو تعريف شرع من قبلنا؟

المراد بشرع من قبلنا:

الأحكام التي شرعها الله تعالى للأمم السابقة، وجاء بها الأنبياء السابقون، وكلف بها من كانوا قبل الشريعة المحمدية، كشرعية إبراهيم وموسى^(٣)، قال تعالى: "ثم أوحينا إليك إن أتبع ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين"^(٤)، وقال تعالى: "إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله

(١) جزء من الآية ٤٨ من سورة المائدة.

(٢) سورة الأنبياء الآية ١٠٧.

(٣) راجع أصول الفقه للكتور بدر بن أبو العيين ص ٢٣٤ ط مؤسسة شهاب الجامعة، بحث في الأدلة المختلف فيها للكتور محمد السعيد على عبد ربه ص ٢٥١.

(٤) سورة انحل الآية ١٢٣.

وكانوا عليه شهداء فلا تخشوا الناس واخشون ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون^(١) " مع ملاحظة أن الشرائع السماوية كلها واحدة في أصل التوحيد قال تعالى: "تشرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم إليه الله يجتبي إليه من يشاء ويهدي إليه من ينيب"^(٢).

فقد أوضحت الآية الكريمة أن أصل الشرائع واحد ودعوتها واحدة، ولكن لكل أمة تشريعاتها التي تناسبها، فقد حرم الله تعالى بعض الأمور على بعض الأقوام، لأن هذا التحريم قد يكون لهم فطاماً عن شهوات انغمسوا فيها، كما قال الله تعالى عن اليهود "وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون"^(٣).

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٢) سورة الشورى الآية ١٣.

(٣) سورة الأتعم الآية ١٤٦.

المبحث الثاني

" تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله عقلا "

أولاً: تحرير محل النزاع:

شرع من قبلنا من الأنبياء السابقين -عليهم السلام- هل يجوز عقلا أن يكون النبي ﷺ متعبداً به أى مكلفاً به أم لا؟ وبمعنى آخر: هل يمنع العقل أن يكون النبي ﷺ مكلفاً بشرع من قبله أم أن العقل يجيز ذلك؟.

ثانياً: مذاهب العلماء:

اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه بعض الشافعية وكثير من الحنفية، وبعض المالكية وغيرهم وهم يرون أنه يجوز عقلا أن يتعبد الله تعالى نبيينا محمداً ﷺ بشرع من قبله^(١).

المذهب الثانى:

وعليه بعض القدرية والمعتزلة وغيرهم، وهم يرون أنه لا يجوز تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله عقلا، أى أن العقل يحيل ذلك^(٢).

(١) راجع هذا المذهب فى تيسير التحرير ج٢ ص ١٩٠ ط دار الفكر، كشف الأسرار على أصول البرزوى ج٣ ص ٢١٢ الناشر دار الكتب الإسلامى- القاهرة، الإباج ج٢ ص ٣٠١ الناشر الكليات الأزهرية، شرح تنقيح الفصول ص ٢٩٦ ط دار الفكر. مختصر بن الحاجب بشرح العبد ج٢ ص ٢٨٦ الناشر الكليات الأزهرية.

(٢) راجع المراجع السابقة، المغنى للقاضى عبد الجبار ج١ ص ٣٦ ط دار التأليف والنشر بالقاهرة، المستصفى ج١ ص ٢٤٩ ط دار الفكر، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩٠. ثنائى دار الحديث.

ثالثاً: الأدلة:

(أ) أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول بالمعقول، ومن ذلك مايلي:

١- لو امتنع النبي ﷺ من التعبد بشرع من قبله عقلاً لكان امتناعه إما لذاته وهو باطل، فإنه لو فرض وقوعه لم يلزم عنه لذاته محال في العقل، وما هذا حاله فهو ممكن:

وإما لعدم المصلحة في ذلك وهو أيضاً باطل، لأنه مبني على وجوب رعاية المصلحة في أفعال الله تعالى، وعلى تقدير القول بوجوب رعاية المصلحة فلا استبعاد ولا استتكار في دين الله تعالى أن يتعبد النبي ﷺ بشريعة من قبله من الأنبياء، لأن المصالح قد تتفق وقد تختلف، فيجوز أن يكون الشيء مصلحة في زمان النبي الأول دون الثاني، أو مصلحة في الزمان الثاني دون الزمان الأول، ويجوز أن يكون مصلحة في الزمان الأول والثاني، ويجوز أن تختلف الشرائع أو تتفق في الجميع أو في البعض، وإما لأمر ثالث وهو أيضاً باطل، لأن الأصل عدمه فلا بد من إثباته بدليل، وإذا كان كل ذلك جائزاً كان واقعاً، لأن أقل درجات الجواز الوقوع، فكان تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله جائزاً عقلاً، لأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال في العقل^(١).

(ب) أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقول، ومن ذلك مايلي:

١- لو كان النبي ﷺ متعبداً بشرع من قبله عقلاً، لكان مرسلأ بما أرسل به الأولون، فلم يكن لإرساله وإظهار المعجزة على يده

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى ج٣ ص٢١٢، تيسير التحرير ج٣ ص١٩٠، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج٢ ص١٨٤ ط دار الفكر، مختصر ابن تاجب بشرح العضد ج٢ ص٢٨٦، الإبهاج ج٢ ص٢٠١، شرح تنقيح القصول لنقرا في ص٢٩٦.

فائدة، لكون الشريعة التي أرسل بها معلومة بدون إرساله من الأنبياء المتقدمين، ولا يجوز بعثه نبي إلا بشرع مستأنف، فإن لم يجد أمراً فلا فائدة في بعثه، ولا يرسل الله تعالى رسولا بغير فائدة^(١).

أجيب عن ذلك

لا نسلم لكم عدم الفائدة في إرسال النبي الثاني، لأن شريعته معلومة بإرسال النبي الأول، لأننا نقول: إنها وإن اتفقا في بعض الأحكام يجوز أن يختلفا في بعضها، ويجوز أن يكون النبي الأول مبعوثاً إلى قوم، والنبي الثاني إلى غيرهم، ويجوز اجتماع نبيين في زمان واحد في مكانين، على أن يدعو كل منهما إلى شريعته، كما في قصة سيدنا شعيب وموسى - عليهما السلام -.

فضلاً عن ذلك فالفائدة في إرسال الرسل مبنية على تعليل أفعال الله تعالى برعاية المصالح وفعل الصلاح والأصلح عليه تعالى، وهو باطل، لأن الله تعالى لا يجب عليه شيء، لأنه لو أتاب من لا يستحق الثواب وأعطاه درجة الإتيان به لكان ذلك صلاحاً، وإن كان الفعل قبيحاً^(٢).

الرأى الراجح:

أرى أن القول بجواز تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله عقلاً هو الراجح، لأنه يجوز لله تعالى أن يأمره بتباع شرائع الأنبياء السابقين، ويجوز أن يتعبده بالاجتتاب عنها، ولا امتناع في ذلك، فإنه لا يترتب على فرض وقوعه محال في العقل، وكل ما كان كذلك كان جائزاً.

(١) راجع المستصفى ج ١ ص ٢٤٩، الإحكام للأمدى ج ٤ ص ١٩٠، المغنى للقاضي عبد الجبار ج ١ ص ٣٦.

(٢) راجع لمرجع السابقة: فوائح الرحمت بشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٨٤.

المبحث الثالث

" تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة "

تمهيد:

تحدثنا في المبحث الثاني عن تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله عقلاً، وقلنا: إنه لا مانع عقلاً أن يتعبد الله تعالى نبيه بشرع الأنبياء السابقين، لأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال في العقل، وهنا أتحدث في وقوع التعبد للنبي ﷺ بشرع من قبلنا قبل البعثة.

أولاً: تحرير محل النزاع:

الرسل السابقون عليهم السلام، كانت شرائعهم لجميع المكلفين الكائنين في زمانهم والكائنين بعدهم، أو كانت شريعة كل نبي لقومه فقط؟ ومحل الخلاف في فروع اختلفت فيها الشرائع، أما الأصول التي اتفقت عليها الشرائع كالتوحيد ومعرفة الله تعالى وصفاته فلا خلاف في التعبد بها لجميع الأنبياء، لأن دينهم واحد^(١).

ثانياً: مذاهب العلماء:

اختلف العلماء في وقوع التعبد للنبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

(١) راجع حاشية العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٣ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان. كشف الأسرار على أصول اليزيدى جـ ٢ ص ٢١٢، الأحكام للأمدى جـ ١ ص ١٨٧.

المذهب الأول:

وعليه جماعة من الحنفية والشافعية، واختاره ابن الحاجب من المالكية وغيرهم، وهم يرون أن النبي ﷺ كان متعبدا بشرع من قبله قبل البعثة مطلقا، غير أنهم اختلفوا في تعيين ذلك الشرع بتعيين من نسب إليه، فقيل كان متعبدا بشرع نوح عليه السلام، لأنه أول المشرعين، وقيل بشرع إبراهيم عليه السلام، لأنه صاحب الملة الكبرى، وقيل بشرع موسى عليه السلام لأنه صاحب الكتاب الذي لم تتسخ أكثر أحكامه، وقيل بشرع عيسى عليه السلام، لأنه جاء بعدهم ولم تتسخ شريعته إلى حين بعثة سيدنا محمد ﷺ، وقيل: كان متعبدا بما ثبت أنه شرع، من غير تقييد بشرع معين أو يتوقف في التعيين، وأقرب هذه الأقوال قول من قال إنه كان متعبدا بشريعة إبراهيم عليه السلام، فقد كان ﷺ كثير البحث عنها، عاملا بما بلغه إليه منها، كما يعرف ذلك من كتب السيرة، وكما تفيد الآيات القرآنية من أمره ﷺ بعت البعثة بإتباع تلك الملة، فإن ذلك يشعر بمزيد خصوصية لها، فلو قدرنا أنه كان على شريعة قبل البعثة لم يكن إلا عليها^(١).

المذهب الثاني:

وعليه أبو الحسين البصري، وجماعة من المتكلمين، والإمام مالك وأصحابه، وحكاه الغزالي في المنحول، ونقله

(١) رجع هذا المذهب في المراجع السابقة. تيسير التحريز ج ٢ ص ١٢٩. مختصر ابن الحاجب بشرح بعض ج ٢ ص ٢٨٦. إرشاد تفحول ج ٢٠ ط دار المعرفة بيروت - لبنان. أحكام تلاميذ ج ٤ ص ١٨٧. المسودة ص ١٧٤. المدنى بمصر. المستصفي تفرغ ج ١ ص ٢٤٦، شرح تنقيح الفصول تفرغ ج ٣ ص ٣٠٠، البرهان ج ١ ص ٥٧.

الشوكاني عن القاضي الباقلاني، وابن القشيري، وهم يرون أن النبي ﷺ لم يكن متعبدا بشرع من قبله قبل نبوته.

المذهب الثالث:

وعليه الغزالي والآمدی والقاضي عبد الجبار، ونسبه الشوكاني لإمام الحرمين وابن القشيري، وقال: إنه اختيار الإمام النووي في الروضة وقال به كثير من المحققين، وهم يرون التوقف في تعبد النبي ﷺ بشرع من قبلنا بعد القول بالجواز العقلي^(١).

ثالثا: الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بجواز تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة بالسنة والمعقول:
أ- دليلهم من السنة: استدلوا من السنة بما يلي:

- ١- إن الأحاديث متضاربة ومتعاضدة على أنه ﷺ قبل البعثة كان يتعبد، وكان يأتي غار حراء^(٢) ويتحنث فيه، أي يتعبد ويعتزل للعبادة، ومن ذلك ما روى عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: أول ما بدئ به رسول الله ﷺ الرؤيا الصالحة في النوم، فكان لا يرى رؤيا إلا جاءت مثل فلق الصبح، ثم حيب إليه الخلاء، وكان يخلو بغار حراء

(١) رجع هذين المذهبين في المراجع السابقة، المعتمد ج ٢ ص ٣٣٧ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان. المنحول ص ٢٣١ تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو ط دار الفكر العربي بدمشق.

(٢) هو الغار الذي كان النبي صلى الله عليه وسلم يتحنث فيه قبل النبوة وهو غار في جبل حراء الذي أوى إليه النبي صلى الله عليه وسلم هو وأبو بكر رضي الله عنه في نية الهجرة (راجع معجم البندان ج ٢ ص ١٨٢ ط دار صادر بيروت - لبنان).

فيتحدث فيه وهو التعبّد الليلي نزلت العدد قبل أن ينزع إلى أهله ويتزوّد لذلك^(١)، وكان ﷺ يصلي ويحج ويعتمر، ويطوف بالبيت ويذكرى، ويأكل للذبيحة، ويتجنب الميتة، ويركب البهائم ويسخرها، وكل واحد وإن كان أحاداً لكن المجموع متعاقد على إثبات القدر المشترك، وتلك الأعمال شرعية تعلم بالضرورة ممن يمارسها قصداً للطاعة، وهو موافقة أمر الشارع، ولا يتصور من غير تعبد، فتلك الطاعات إما عرفت بالعقل أو بالشرع السابق، وهو شرع من قبلنا، ولا حكم للعقل، لأنه لا مدخل له في الشرع، فتعين الثاني وهو الشرع^(٢).

اعتراض على هذا الدليل:

بأننا لا نسلم بثبوت شيء مما ذكره بنقل يوثق به، وعلى تقدير ثبوته لا يدل على أنه كان متعبداً به شرعاً، لاحتمال أن تكون صلاته وحجه وعمرته وطوافه بطريق التبرك بفعل ما نقل جملته من أفعال المتقدمين، واندرس تفصيله ولم يثبت أنه تولى التزكية بنفسه، ولا أمر بها، ويحتمل أن يكون الطواف بالبيت إنما فعله ليتشاغل كما يتشاغل الإنسان بالمشي، وأما تعظيمه البيت الحرام فيحتمل أن يكون عظمه لأن إبراهيم - عليه السلام - عظمه. والعقل يقضى بحسن تعظيم أماكن الأنبياء وتمييزها وتعظيم ما عظموه ما لم يثبت نسخه، وأما أكله ﷺ اللحم فحسن

(١) راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٢ ص ٢٢ كتاب الوحي ط دار المعرفة بيروت - لبنان.

(٢) راجع فرائق قرحموت بشرح مسند الثبوت ج ٢ ص ١٨٤. مختصر ابن الحاجب بشرح معتمد ج ٢ ص ٢٨٦. تيسير التحرير ج ٢ ص ١٢٠.

فى العقل، لأنه ليس فيه ضرر على أحد، وفيه منفعة للأكل، وأما ركوب البهائم والحمل عليها فحسن فى العقل لأنه ضرر يؤدى إلى نفع أعظم منه، وهو القيام بالمصالح، وأما تركه لأكل الميتة فبناءً على عفاة نفسه كعفاة لحم الضب^(١)، ولما أنه كان متعبداً بذلك فلا^(٢).

أجيب عن الاعتراض السابق:

بأن إتيانه غار حراء وتعبده به وصلاته وطوافه وغيرها ثابت فى الصحاح من الأحاديث، وقد تقدم ذكره^(٣) فلا يمكن منعه، وأما احتمال كون فعله للتبرك بفعل مثل ما نقل جملته واندرس تفصيله بعيد، لأنه ﷺ كان يفعله بكيفيات مخصوصة، واندرس تفصيله ممنوع لأن أهل الكتاب^(٤) كانوا كثيرين، وكانوا ينقلون أفعال الأنبياء على التفصيل من التوراة والإنجيل.

وأما التحريف فلم يعلم قبل البعثة حتى يقال إنه ما كان يثق بكتابتهم للتحريف، والبناء على أنه لا يحرم قبل الشرع بعيد، لأن ذلك الزمان لم يكن قبل ورود الشرع لقدم شرائع كثيرة^(٥).

(١) فقد روى عن خالد بن الوليد - رضى الله عنه - قال قدم ضباً للنبى صلى الله عليه وسلم دون أن يأكله فقال له بعض الصحابة أو يحرم أكله يا رسول الله فقال لا ولكنه ليس فى أرض قومى فأجندنى أعاقه (راجع صحيح البخارى بشرح للكرمانى ج ٢ ص ١١٣ ط دا إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٣ ص ٩٩ باب إباحة الضب ط المصرية بالقاهرة).

(٢) راجع الأحكام للكمذى ج ٤ ص ١٨٩، المعتمد ج ٢ ص ٣٣٧ وما بعدها.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث الدال على تعبد النبى صلى الله عليه وسلم فى غار حراء.

(٤) هم اليهود والنصارى (راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ٣٧٢ ط المختار الإسلامى).

(٥) راجع هذا الجواب فى فوقه للرحموت وشرحه ج ٢ ص ١٨٤، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٦.

ب- دليلهم من المعقول: استكملوا من المعقول بما يلي:

١- بأن شرع من قبلنا كان شرعاً عاماً لجميع المكلفين، والإخلاص للمكلف عن التكليف، وأنه قبيح، فيدخل النبي ﷺ في العموم ليتناولوه أيضاً^(١).

اعترض على ذلك:

بأننا لا نسلم عموم شرع من قبلنا، فإنه لم ينقل في ذلك لفظ يدل على التعميم لنحكم به، يدل عليه قوله تعالى: "وما أرسلنا من رسول الله إلا بلسان قومه"^(٢).

وهذا دليل على أن الأنبياء السابقين عليهم السلام- كانوا يبعثون إلى أقوامهم خاصة، وعلى تقدير نقله يحتمل أن يكون زمان النبي ﷺ زمان اندراس الشرائع المتقدمة وتعذر التكليف بها لعدم نقلها وتفصيلها، ولذلك بعث في ذلك الزمان^(٣).

أجيب عن ذلك:

بأننا لا نسلم لكم عدم عموم شرع من قبلنا، لأن آدم- عليه السلام- كان مبعوثاً إلى الكل، وكذا نوحاً بعد الطوفان، فلما لم يثبت نسخ شريعتهما فهما كما كانتا باقيتين على العموم، وأما احتمال كون زمانه زمان الاندساس، فقد تقدم الكلام فيه. وأما قولكم ولذلك بعث في ذلك الزمان ممنوع. لم لا يجوز أن يكون بعثه في ذلك الزمان لما فيه من المصلحة في نسخ بعض الشرائع

(١) راجع هذا الدليل في المراجع السابقة، تيسير التحرير ج ٢ ص ١٣٠.

(٢) سورة يونس الآية ٤.

(٣) راجع الأحكام للأمدى ج ٤ ص ١٨٩، الآيات البيئات للعبادي ج ٤ ص ١٩١.

المتقدمة، وإن كانت معلومة منقولة مفصلة، كما وقع النسخ^(١) في شريعتنا لأسباب كثيرة مفصلة، ومن ذلك الإجماع المنعقد على نسخ وجوب التوجه إلى بيت المقدس باستقبال الكعبة في قوله تعالى: "قول وجهك شطر المسجد الحرام"^(٢)، وعلى نسخ الوصية للوالدين والأقربين بآية المواريث، ونسخ صوم يوم عاشوراء بصوم رمضان إلى غير ذلك من الأحكام.

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني القائلون بعدم جواز تعبد النبي صلى الله عليه وسلم بشرع من قبله قبل البعثة بالمعقول، هالك بيانه:

(١) يطلق النسخ لغة على عدة معان هالك بيانها:

أ- الإزالة سواء أقيم شيء مقامه أم لا.

ب- النقل والتحويل سواء كان النقل من مكان إلى مكان دون تغيير مع تعدله في المحل الأول أم لا ومن حالة إلى أخرى.

ج- الرفع ومنه نسخت الشمس الظل ونسخت الريح آثار القوم (راجع للقاموس المحيط ج١ ص ٢٨١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، لسان العرب ج٦ ص ٤٤٠ ط دار المعارف، للمصباح المنير ج٢ ص ٦٠٢ ط المكتبة العلمية بيروت- لبنان، مختار الصحاح ص ٦٥٦ ط دار مصر للطباعة وفي الاصطلاح له عدة تعريفات منها مايلي:

أ- فقد عرفه صدر الشريعة فقال: هو أن يرد دليل شرعي متأخراً عن دليل شرعي مقتضياً خلاف حكمه (التوضيح ج٢ ص ٦٢).

ب- وعرفه ابن الحاجب فقال: هو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر (مختصر ابن الحاجب شرح المضد ج٢).

ج- وعرفه البيضاوي: بأنه انتهاء حكم شرعي بطريق شرعي متأخر عنه (الإبهاج ج٢ ص ١٤٥).

(٢) سورة البقرة الآية ١٤٤.

أ- دليلهم من المعقول: استدلوا من المعقول بما يلي:

١- لو كان الرسول ﷺ متعبداً بشرع من قبله قبل البعثة، لوقعت المخالطة مع أهل الشرائع السابقة لمعرفة الأحكام عادة، فإن المعرفة مقامة العمل، وهذا لا يحصل إلا بالتعلم من أهلها، والتعلم لا يحصل إلا بالمخالطة، ولو وقعت المخالطة لنقل إلينا ويفعل بفعلهم، وقد نقلت أفعاله قبل البعثة، وعرفت أحواله، ولم ينقل عنه أنه ﷺ كان يفعل ما تفعله النصارى أو يخالطهم، أو يخالط غيرهم أو يسألهم عن شرعهم، وانتفاء المخالطة وهو اللازم لدليل على انتفاء الوقوع والنقل والتعبد هو المألوم^(١).

أجيب عن ذلك:

بمنع قضاء العادة بالثبوت واللزوم والسند، وهو أنه متعبد بما علم أنه شرع، وذلك يحصل بالتواتر دون الأحاد، والتواتر لا يحتاج إلى المخالطة، والآحاد لا يفيد العلم، وإذا ثبت هذا فلا نسلم لزوم المخالطة، لأنها قد تمتنع لموانع، وإن لم نعلمها، فيحمل عدم المخالطة على الموانع من المخالطة، جمعاً بين دليلنا الدال على كونه متعبداً بشرع من قبله، وهو تضافر الأحاديث، ودليكم الدال على نفى تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله، وفي هذا جمع بين الأدلة فإن الجمع بين الأدلة واجب ما أمكن^(٢).

(١) راجع الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٨٨، المعتمد ج٢ ص ٣٣٧.

(٢) راجع شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٦، فوائح الرحموت وشرحه ج٢ ص ١٨٤.

أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب المذهب الثالث القائلون بالتوقف من المعقول بما يلي:

- ١- بأن القول بوقوع التعبد وعدمه يستدعي دليلاً، والأصل عدمه، وما يتوهم من الأدلة الدالة على الوقوع وعدمه، فمع عدم دلالتها في أنفسها معارضة وليس التمسك ببعض منها أولى من البعض (١).

جوابه

أجيب عن ذلك:

بأن هنالك أدلة صحيحة على تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة، وقد ذكرناها في أدلة المذهب الأول القائل بجواز التعبد.

هذا وبعد ذكر الأقوال والأدلة في تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة أرى ترجيح قول من قال: إنه كان متعبداً به، وذلك لدلالة الحديث على ذلك، وهذا ما رجحه ابن الحاجب حيث قال: "والمختار أنه كان متعبداً بشرع من قبله قبل البعثة" (٢).

(١) راجع إرشاد الفحول ص ٢١١، الأحكام للامدني ج ٤ ص ١٨٨، المستصفي ج ١

ص ٢٤٦، البرهان لإمام الحرمين ج ١ ص ٢٠٩.

(٢) راجع مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٦.

المبحث الرابع

" تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة "

تمهيد:

بعد أن تحدثنا في المبحث الثالث عن تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة، وقلنا إن المختار أنه ﷺ متعبد به، نتحدث هنا عن تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بعد البعثة.

أولاً: تحرير محل النزاع:

أ- إن الشرائع السماوية كلها واحدة في أصول الدين، مثل الإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، والقضاء خيره وشره حلوه ومره، وغير ذلك من أصول العبادات التي لا تختلف فيها الشرائع، قال تعالى: "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه (١)".
ب- إن ما ثبت نسخه بشريعتنا فإنه لا يؤخذ به، وكذلك ما قام الدليل على أنه كان خاصاً بالأقوام السابقة، فإنه لا يسرى علينا حكمه اتفاقاً.

مثال ذلك: ما كان في شريعة موسى -عليه السلام- أن العاصي لا يكفر عن ذنبه إلا إذا قتل نفسه، قال تعالى: "فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم" (٢) "فقد نسخ ذلك، إذ جاز للعاصي أن يتوب إلى الله تعالى، وباب التوبة مفتوح إلى أن تطلع الشمس من مغربها،

(١) جزء من الآية ١٢ من سورة الشورى.

(٢) سورة البقرة الآية ٥٤.

أو قبل الغرغرة، قال تعالى: **كُلْ يَا عِبَادِيَ الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَى أَنْفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ** ^(١).

وكذلك عدم طهارة الثوب المتنجس إلا بقطع الجزء الذي أصابته النجاسة، وكان ذلك في شريعة موسى - عليه السلام -، ثم نسخ هذا الحكم في شريعتنا وجعل طهارة الثوب المتنجس بغسله بالماء وليس بقطع الجزء المتنجس، كذلك تحريم بعض الأطعمة على بنى إسرائيل، كما قصه الله تعالى بقوله "وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببيعهم وإنا لصادقون" ^(٢)، فقد نسخ التحريم وأبيح لنا ما كان محرماً على بنى إسرائيل.

ج- إننا لا يمكن أن نتعرف على الأحكام في الشرائع السابقة إلا من المصادر الإسلامية وهي الكتاب والسنة، أما ما علم بنقل أهل الكتاب فلا يعتبر حجة، لإخبار الله تعالى أنهم حرفوا الكتب وبلوها.

د- ما ثبت أنه مقرر في شريعتنا، فإنه يجب علينا اتباعه بلا خلاف، مثال ذلك الصيام، فإنه كان مشروعاً في الأمم السابقة، فشرع في شريعتنا وأصبح واجباً علينا، قال تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ**

(١) سورة لقمان الآية ٥٣.

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤٦.

من قبلكم لعلمكم تتقون^(١)، فقد أوجبه الله علينا كما كان واجباً على الأمم السابقة، ولم ينسخ في حقنا، هذه هي أوجه الاتفاق بين العلماء.

أما الذي ورد في شريعتنا وكان مشروعاً في الشرائع السابقة، ولم يرد حكم بالنهاي عنه أو الأمر بإتباعه، مثل قوله تعالى: "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص"^(٢) وقوله تعالى: "من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل للناس جميعاً"^(٣)، فقد اختلف العلماء في تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلهم على مذاهب وهو ما سنتناوله فيما يلي:

ثانياً: مذاهب العلماء:

اختلف العلماء في تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة على ثلاثة مذاهب هلك بيانها:

أ- المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ونقله الشوكاني عن ابن السمعاني، ونقله البخاري في الكشف عن أكثر الحنفية وعامة أصحاب الشافعي، وطائفة من المتكلمين، واختاره ابن الحاجب والمرخسي وابن القشيري، ونقله الأمدى عن الحنفية، واختاره ابن عبد الشكور وغيرهم، وهم يرون أن

(١) سورة البقرة الآية ١٨٣.

(٢) سورة المائدة من الآية ٤٥.

(٣) جزء من الآية ٣٢ من سورة المائدة.

شرع من قبلنا لازم لنا، ويجب علينا العمل به على أنه شرعنا، فكل شريعة سبقت فهي شريعة لنبينا- عليه السلام- مشروعة في حقه، إلا إذا قام دليل الانتساخ بناءً على أن ذلك شريعه له، بشرط أن يقصده الله تعالى في كتابه العزيز، أو يقصده النبي ﷺ في سنته على أنه من شرع من قبلنا من غير إنكار أو نسخ، غير أن هؤلاء اختلفوا في النقل، فمنهم من لا يأخذ بما علم بنقل أهل الكتاب، أو نقل من أسلم منهم، أو ما فهمه المسلمون من كتبهم، فإنه لا يجب علينا اتباعه لقيام دليل يوجب العلم، وهو إخبار الله تعالى على أنهم حرفوا الكتب في قوله تعالى: "من الذين هادوا يحرفون الكلم عن مواضعه"^(١)، وقوله تعالى: "ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه"^(٢)، فلا يعتبر نقلهم، لاحتمال أن يكون المنقول والمفهوم من قبيل ما حرفوه وبدلوه، فلا تقوم به الحجة، ولا بد في الأخذ عنهم أن يقصده الله تعالى أو رسوله ﷺ من غير إنكار أو نسخ. ومنهم من لا يفصل في النقل بين أهل الكتاب، أو برواية المسلمين عما في أيديهم من الكتاب، وبين ما ثبت من ذلك بما قصده الله تعالى أو رسوله ﷺ أو لا^(٣).

(١) سورة النساء الآية ٤٦.

(٢) سورة المائدة الآية ٤١.

(٣) راجع هذا المذهب في شرح العنبد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٦، للمسودة ص ١٨٤، كشف الأسرار على أصول اللبزدوي ج٣ ص ٢١٢ وما بعدها، أصول المرحسي ج٢ ص ٩٩، تيسير التحرير ج٢ ص ١٢٠، لبرهان ج١ ص ٥٠٣، الجمع لأبي إسحاق ص ٤٢ ط الحلبي بمصر، إرشاد الفحول ص ٢١٠، فوائح الرخصات وشرحه ج٢ ص ١٨٤، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩٠، حاشية العطار على جمع الجوامع ج٢ ص ٢٥٣ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

ب- المذهب الثاني:

وعليه للشافعي وبعض أصحابه، وبعض الأشاعرة والمعتزلة، والإمام أحمد في رواية، واختاره الغزالي والرازي والبيضاوي والآمدي وابن السبكي، ونقله الشوكاني عن ابن السمعاني، ونقله البخاري في الكشف عن أكثر المتكلمين وطائفة من الحنفية وغيرهم، وهم يرون أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا. وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: فلما شرائع الأنبياء- عليهم السلام- الذين كانوا قبل نبينا ﷺ فالناس فيها على قولين: فقوم قالوا: هي لازمة لنا ما لم ننه عنها، وقال آخرون: هي ساقطة عنا، ولا يجوز العمل بشئ منها، إلا أن نخلط في ملتبا بشئ موافق لبعضها فنقف عنده ائتماراً لنبينا ﷺ لا اتباعاً للشرائع الخالية، وقال ابن حزم وبهذا نقول.

وقال الزنجاني: شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا عند الشافعي رضي الله عنه. وقال الغزالي: وهو المختار، وقال المطلي: المختار بعد النبوة المنع من تعبد به بشرع من قبله^(١).

ج المذهب الثالث:

وعليه بعض العلماء، ونقله الشوكاني عن ابن القشيري، وابن برهان وغيرهما، وهم يرون التوقف وعدم الحكم بشئ،

(١) راجع هذا المذهب في المستصفى ج١ ص ٢٥١، المحصول ج١ ص ٥١٩، الإبهاج ج٢ ص ٣٠٢، الأحكام للآمدي ج٢ ص ١٩٠، إرشاد الفحول ص ٢١٠، جمع الجوامع مع حاشية للبستاني ج٢ ص ٣٥٢، كشف الأسرار على أصول البزدي ج٣ ص ٢١٢، نهاية السؤل ج٢ ص ١١، البرهان ج١ ص ٥٠٣، الأحكام لابن حزم ج٥ ص ٧٢٢، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٩٨ ط جامعة دمشق.

ونكره الأمدى فقال: ومن الأصوليين من قال بالوقف، ثم علق عليه بقوله وهو بعيد (١).

ثالثاً: الأصولية:

أ- أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب هذا المذهب على تعبد النبي ﷺ وأمنه بشرع من قبلهم بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول هالك بيئاتها:

دليلهم من الكتاب: استدلوا من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى: "أولئك الذين هدى الله فيبدهم اقتده" (٢).

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمر النبي ﷺ بالافتداء بهدى الأنبياء المذكورين قبل الآية المذكورة، والأمر للوجوب، فيجب عليه العمل بهداهم، والهدى يقع على الإيمان والأحكام الشرعية الفرعية، لشموله لهما، لأن الافتداء يحصل بالمجموع، والأصل موافقته لهم في الأحكام فيما لم ينسخ، ولا معنى للاقتداء إلا الالتزام والتمسك بشرعهم، وما كان واجباً في حقه كان واجباً في حقنا كذلك، فيكون شرع من قبلنا شرعاً لنا (٣).

اعترض على ذلك:

بأن الآية الكريمة لا دلالة لكم فيها، إذ لم يكن الأمر فيها على العموم، وإنما هو أمر خاص بما كان مشتركاً بينهم جميعاً - عليهم السلام -، وفيما لم ينسخ، أما عدا ذلك فإنه لا يجب على

(١) راجع إرشاد الفحول ص ٢١٠، الأحكام للأمدى ج ٤ ص ١٩٠.

(٢) سورة الأنعام الآية ٩٠.

(٣) راجع وجه الدلالة في كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ٢١٣، أصول السرخسي ج ٢ ص ١٠٣، نزهة الخاطر المطبوع ج ٢ ص ٤٠٠ وما بعدها ط الكليات الأزهرية، تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٥٥٧ وما بعدها، فتاوى دار الفقه العربي.

نبينا ﷺ اتباعه، وبذا لا يكون شرعهم شرعاً له، وبالتالي فلا يكون شرعاً لنا (١).

وقد رد الإمام الغزالي الاستدلال بهذه الآية فقال: إنه تعالى لما ذكر الأنبياء عليهم السلام قال "أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده" (٢) قلنا: أراد بالهدى التوحيد، ودلالة الأدلة العقلية على وحدانيته وصفاته تعالى بنيلين:

أحدهما: أنه قال "فبهداهم اقتده" ولم يقل بهم وإنما هداهم الأدلة التي ليست منسوبة إليهم، أما الشرع فإنه منسوب إليهم، فيكون اتباعهم فيه اقتداء بهم.

الثاني: إنه كيف أمر بجميع شرائعهم وهي مختلفة وناسخة ومنسوخة، ومتى بحث النبي ﷺ عن جميع شرائعهم وهي كثيرة، فدل ذلك على أنه أراد الهدى المشترك بين جميعهم وهو التوحيد (٣).

وقد رد الأمدى الاستدلال بهذه الآية فقال: إنه إنما أمره باتباع هدى مضاف إلى جميعهم مشترك بينهم، دون ما وقع به الخلاف فيما بينهم والناسخ والمنسوخ منه، لاستحالة اتباعه وامتناله، والهدى المشترك فيما بينهم إنما هو التوحيد، والأدلة العقلية الهادية إليه، وليس ذلك من شرعهم في شيء، ولهذا قال تعالى "فبهداهم اقتده" ولم يقل بهم، ويتقدير أن يكون المراد من الهدى المشترك، ما اتفقوا فيه من الشرائع دون ما اختلفوا فيه

(١) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٢٦ الناشر دار المسلم بالقاهرة.

(٢) سورة الأنعام الآية ٩٠.

(٣) راجع المستصفى ج ١ ص ٢٥٥ وما بعدها.

فاتباعه له إنما كان بوحى إليه وأمر مجدد، لا أنه بطريق الاقتداء بهم (١) .

٢- واستتلوا كذلك بقوله تعالى: "ونبئهم أن الماء قسمة بينهم" (٢) .
وقال تعالى: "لها شرب ولكم شرب يوم معلوم" (٣) .

وجه الاستدلال بالآيتين:

إن محمد بن الحسن الشيباني قد احتج فى تصحيح القسمة فى العين والمهاياة فى المنفعة بهاتين الآيتين، وما استدل بهما إلا بعد اعتقاده بقاء حكمهما، وأنه شريعة لنبينا، فإنه فى معرض بيان شريعة نبينا لا شريعة من قبله، وقد ذكر شمس الأئمة السرخسى أن محمداً استدل فى كتاب الشرب على جواز القسمة بطريق المهاياة بالآيتين المذكورتين، والمهاياة مفاعلة من الهيئة، وهى الحالة الظاهرة للتهى للشئ، كأن المتهايين لما تواضعا على أمر، رضى كل واحد بحالة واحدة واختارها.

والآيتان قد سبقنا لبيان قصة سيدنا صالح- عليه السلام- ونقلته، وهى من شرع من قبلنا، فكان شرعاً لنا (٤) .

٣- واستتلوا أيضاً بقوله تعالى: "إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح والنبيين من بعده" (١) .

(١) راجع الأحكام للكمى ج ٤ ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) سورة القمر الآية ٢٨.

(٣) سورة الشعراء الآية ١٥٥.

(٤) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ٢١٣، أصول السرخسى ج ٢

ص ١٠٠، كشف الأسرار على المنار ج ٢ ص ١٧١ وما بعدها، المبسوط ج ٢٣ ص ٢٠١

ط دار المعرفة بيروت- لبنان.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أخبر بأنه أوحى إلى نبيينا ﷺ بعين ما أوحى إلى نوح وإلى النبيين من بعده، فيقتضى كون الموحى به إليه هو عين الموحى به إليهم من الأحكام، فيكون متعبداً بشرع من قبله (٢) .

اعترض على ذلك:

بأننا لا نسلم أنه يدل على أنه أوحى إليه بعين ما أوحى إليهم، لأن التشبيه وقع في الوحي دون الموحى به، فلا دلالة على اتحاد شرائع الكل حتى يقال باتباعه لشريعتهم، بل المراد به رد استبعاد الكفار الإيحاء إلى بشر، فإنهم كانوا يستبعدون الإيحاء إلى نبيينا ﷺ لكونه بشراً، والوحي إلى البشر بعيد من الله تعالى عليهم، بأنه أوحى إليه كما أوحى إلى سائر الأنبياء المتقدمين، وهم بشر، فلا استبعاد في الإيحاء إلى البشر، كما لا نسلم أن المشابهة في الوحي تتوقف على اتحاد الموحى به، ولو سلم أن المراد به أنه أوحى إليه بعين ما أوحى إلى غيره من النبيين، فلا نسلم دلالة على كونه مأموراً باتباعهم، فإن معناه: أنه متعبد بمثل ما أوحى إلى من قبله من الشرائع بوحي مبتدأ لا بطريق الاتباع نفيزه في شرائعهم، وما كان ذكر نوح- عليه السلام- إلا تشريفاً وتعظيماً وتخصيصاً له، وعلى هذا فلا استدلال لهم فيما ذهبوا إليه من

(١) سورة النساء الآية ١٦٣.

(٢) راجع للمراجع السابقة في رقم ١.

وجوب اتباع شرع من قبلنا^(١).

٤- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك"^(٢).

وجه الدلالة:

فإن الآية الكريمة تدل على وجوب اتباعه ﷺ لشرعية نوح، فإن شرعه هو عين شرع نوح، فإن الدين هو الشرع، فيكون متعبداً بما أوحى إلى نوح عليه السلام^(٣).

نوقش هذا:

بأننا لا نسلم أن المراد بالدين هو الشرع، بمعنى الأحكام الفرعية، بل المراد بالدين أصل الدين من التوحيد والاعتقاد بوجود الصانع وسائر ما يجب اعتقاده مما يتعلق بذات الله تعالى وصفاته، لا ما اندرس من شريعته في الفروع، بدليل أنه لم ينقل عن النبي ﷺ البحث عن شريعة نوح، ولو كان متعبداً بها لبحث عنها النبي ﷺ إذ يستحيل عليه إهمال ما هو متعبد به ومأمور به إذ التعبد بها مع عدم العلم بها ممتنع، وحيث خصص نوحاً بالذكر مع اشتراك جميع الأنبياء في الوصية بالتوحيد، يكون تشريفاً له وتكريماً، كما خصص روح عيسى -عليه السلام- بالإضافة إليه والمؤمنين بلفظ العباد، ولو سلم أن المراد بالدين الشرع بمعنى الأحكام لوجوب العمل بها فكما تقدم من أن المراد به أنه متعبد

(١) راجع الأحكام للكدى ج٤ ص ١٩٤، المعتمد ج٢ ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٢) سورة الشورى الآية ١٣.

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول اليزدي ج٣ ص ٢١٢، فوائح للرحموت وشرحه ج٢ ص ١٨٥.

يمثل شرع نوح بوحي مبتدأ على أنه شريعة له، لا أنه متعبد به بطريق الاتباع له^(١).

٥- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً"^(٢).

وجه الدلالة:

أن الله تعالى قد أمر نبيينا محمداً ﷺ باتباع ملة إبراهيم، والأمر للوجوب، فيكون متعبدًا باتباعه، وما دام الأمر هكذا، فإنه يجب علينا اتباع شرائع الأنبياء السابقين عليهم السلام لرسولنا محمد ﷺ (٣).

اعترض على ذلك:

بأن المراد بلفظ الملة: إنما هو أصول التوحيد دون الفروع الشرعية، فإن لفظ الملة لا يطلق على الفروع، إذ لا يقال ملة أبي حنيفة، وملة الشافعي لمذهبيهما في الفروع، ولو سلم أن المراد بالملة الفروع، فالمراد بإيجاب العمل بوحي مبتدأ على أنه شريعة له، لا بطريق الاتباع، فضلاً عما تقدم فإن الله تعالى قال لنبيه ﷺ "ثم أوحينا إليك"، ولم يقل "أوحينا إلى غيرك"، ثم إن قوله تعالى

(١) راجع المعتمد ج٢ ص ٣٤١، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩٧، المستمضي ج١ ص ٢٥٧ وما بعدها، الإبهاج ج٢ ص ٣٠٦، الأئمة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٢٨.

(٢) سورة لقاح الآية ١٢٣.

(٣) راجع الأئمة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبي المكارم ص ٣٢٧/ كشف معاني البديع لسراج الدين الهندي رسالتنا قبل درجة التخصص (الماجستير ص ٧٠ وما بعدها).

"اتبع" معناه: افعل مثل ما فعل إبراهيم- عليه السلام- ومن هنا لم يكن في الآية دلالة على ما ذهبوا إليه^(١).

وقد رد الآمدى الاستدلال بهذه الآية فقال: إن المراد بلفظ الملة إنما هو أصول التوحيد وإجلال الله تعالى بالعبادة، دون الفروع الشرعية، ويدل على ذلك أربعة أوجه:

أ- إن لفظ الملة لا يطلق على الفروع الشرعية، بدليل أنه لا يقال ملة الشافعى وملة أبى حنيفة لمذهبيهما في الفروع الشرعية.

ب- إنه قال عقب ذلك: "وما كان من المشركين"^(٢) ذكر ذلك في مقابلة الدين، ومقابل الشرك إنما هو التوحيد.

ج- إن الله تعالى قال: "ومن يرغب عن ملة إبراهيم إلا من سفه نفسه"^(٣) ولو كان المراد من الدين الأحكام الفرعية، لكان من خالفه فيها من الأنبياء سفيها وهو محال.

د- إنه لو كان المراد بالدين فروع الشريعة، لوجب على النبي ﷺ البحث عنها، لكونه مأموراً بها، وذلك مع اندراسها ممتنع، ثم وإن سلمنا أن المراد بالملة الفروع الشرعية، غير أنه إنما وجب عليه اتباعها بما أوحى إليه، ولهذا قال^(٤) "ثم أوحينا إليك"^(٥).

(١) راجع هذا الاعتراض في المستصلى جـ ٢ ص ٢٥٦ ومابعدهما، للمعتمد جـ ٢ ص ٣٤٠.

(٢) سورة النحل الآية ١٢٣.

(٣) سورة البقرة الآية ١٣٠.

(٤) راجع الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ١٩٨.

(٥) سورة النحل الآية ١٢٣.

٦- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى "إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا" (١).

وجه الدلالة:

إن الله سبحانه وتعالى أخبر في هذه الآية الكريمة أن التوراة فيها الهدى والنور، كي يحكم بها النبيون، ومحمد ﷺ من جملة النبيين، والخطاب موجه إلى الجميع، وهو يوجب عليه الحكم بها، فيكون شرع من قبلنا شرعاً لنا (٢).

اعترض على ذلك:

بأن هذه الآية لا دلالة فيها على أن شرع من قبلنا شرع لنا، لأن الله أخبر بأن التوراة فيها الهدى والنور، والمراد بهما أصل الشريعة، وهو للتوحيد، كما أن المراد بهؤلاء الأنبياء هم أنبياء بنى إسرائيل، لقوله تعالى في الآية نفسها "الذين هادوا".

يقول الإمام الغزالي في رد هذا الاستدلال: إن المراد بالنور والهدى في الآية: أصل التوحيد وما يشترك فيه النبيون، دون الأحكام المعرضة للنسخ، ثم لعله أراد النبيين في زمانه دون من بعدهم، ثم هو على صيغة الخبر، لا على صيغة الأمر، فلا حجة فيه، ثم يجوز أن يكون المراد حكم النبيين بها بأمر ابتدأهم به الله تعالى وحيّاً إليهم، لا بوحي موسى - عليه السلام (٣).

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ٣ ص ٢١٢، الألفية المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٣٠ وما بعدها.

(٣) راجع المستصفى ج ١ ص ٢٥٨.

ويقول الأمدى في رد الاستدلال بهذه الآية: إن الآية فيها صيغة إخبار، لا صيغة أمر حين قال الله تعالى: "إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون" (١)، وهذا لا يدل على وجوب اتباعها، وبتقدير أن يكون ذلك أمراً فإنه يجب حمله على ما هو مشترك الوجوب بين جميع الأنبياء، وهو التوحيد دون الفروع الشرعية المختلف فيها، فيما بينهم، لإمكان تنزيل لفظ النبيين على عمومهم، بخلاف التنزيل على الفروع الشرعية.

كيف وإن هذه الآيات متعارضة، والعمل بجميعها ممتنع، وليس العمل بالبعض أولى من البعض (٢).

ويقول ابن حزم في رد الاستدلال بالآية: إن المراد بالأنبياء في الآية أنبياء بنى إسرائيل، لا محمد ﷺ لأنه تعالى يقول "ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين" (٣)، ويبان ذلك في الآية المستدل بها قوله تعالى "يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا" (٤)، ونحن ليس لنا نبيون، بل لنا نبي واحد وهو محمد ﷺ، والأنبياء كلهم مسلمون، وقد حكى الله تعالى عن أنبياء سابقين أنهم قالوا: أمرنا بأن نكون من المسلمين، وأيضاً فقد قال الله تعالى حكياً عن أهل الكتاب أنهم قالوا لنا "كونوا هوداً أو نصارى تهتوا قل بل ملة إبراهيم

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٢) راجع الأحكام للأمدى ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها.

(٣) سورة آل عمران الآية ٨٥.

(٤) سورة المائدة الآية ٤٤.

خفيفاً^(١) فصيح أن الله تعالى نهى عن دين اليهود والنصارى، وأمرنا بدين إبراهيم عليه السلام، قال تعالى لم تحاجون في إبراهيم وما أنزلت للتوراة والإنجيل إلا من بعده^(٢)، فصيح يقينا أن إبراهيم كانت شريعته قبل للتوراة، وأن شريعته لازمة لنا، فمن المحال الممتنع أن نؤمر بقتاع شئ نزل بعد شريعتنا، وهذا متناقض، فبطل تأويل من ظن الخطأ في قوله تعالى "يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا" وصح أنهم أنبياء بنى إسرائيل فقط.

فإن قالوا: لا خلاف بين التوراة وبين شريعة إبراهيم عليه السلام- ولا بين شريعتنا بناءً على قوله ﷺ "الأنبياء إخوة من علات أمهاتهم شتى ودينهم واحد"^(٣) قلنا لهم: هذا حجة عليكم لا لكم إن تأولتم فيه اتفاق أحكام شرائعهم لاختلافها، قال تعالى: "ولأحل لكم بعض الذي حرم عليكم"^(٤) وقوله تعالى "كل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"^(٥)، ولكن معى قوله ﷺ "ودينهم واحد" إنما يعنى التوحيد الذى لم يختلفوا فيه أصلاً^(٦).

(١) سورة البقرة الآية ١٣٥.

(٢) سورة آل عمران الآية ٦٥.

(٣) هذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه وأحمد فى مسنده فى طريق أبى هريرة: راجع صحيح مسلم بشرح لقنوى ج ٥ ص ٢١٥ حديث رقم ١٣٠ كتاب القضاء، مسند أحمد ج ٢ ص ٣١٩.

(٤) سورة آل عمران الآية ٥٠.

(٥) سورة المائدة الآية ٤٨.

(٦) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٢٣ وما بعدها.

٧- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون(١)".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى حكم على من لم يحكم بالأحكام التي أنزلها في التوراة بأنه يكون كافراً، وعلى هذا: فالواجب علينا أن نحكم بما أنزل الله تعالى في التوراة، وهو شرع من قبلنا(٢).
اعترض على ذلك:

بأن المراد بمن لم يحكم بما أنزل الله تعالى مكذباً وجاحداً له، لا من حكم بما أنزل الله عليه خاصة، أو من لم يحكم به ممن أوجب عليه الحكم من أمته وأمة كل نبي إذا خالفت ما أنزل على نبيهم، أو يكون المراد به يحكم بمثلها للنبيون، وإن كان بوحى خاص لا بطريق التبعية(٣).
أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب على تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بأدلة من السنة هلك بعضها منها:

١- ما روى عن عبد الله بن عمر- رضى الله عنهما- قال: "جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ، فنكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ ما تجدون في التوراة في شأن الرجم؟ فقال: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام:

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٢) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٢٢، الأدلة المختلف فيها للكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٢١.

(٣) راجع المستصفي ج ١ ص ٢٥٩، تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٢٨٥ وما بعدها.

كذبتم إن فيها الرجم، فلتوا بالتوراة فتشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم، ثم قرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله بن سلام: أرفع يدك، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدقت يا محمد فيها آية الرجم فلمر بهما رسول الله ﷺ فرجما (١).
وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ راجع التوراة في رجم اليهوديين فقد دل هذا على أن شرع من قبلنا هو شرع لنا، ولو لم يكن شرعاً لنا لما راجع النبي ﷺ التوراة في رجم من زنى من اليهود (٢).
اعترض على ذلك:

بأننا لا نسلم أن النبي ﷺ راجع التوراة ليعرف الحكم منها لعدم وجود حكم، وإنما راجعها لإظهار كذبهم واقتراثهم، لأن اليهود كذبوا على رسول الله ﷺ إذ نفوا وجود حد يقام على الزاني، فأراد أن يكذبهم، فرجع إلى التوراة فوجد فيها الرجم (٣).
يقول ابن حزم في رد هذا الاستدلال بعد ذكر الحديث السابق: وهذا لا حجة لهم فيه، بل هو تلويل سوء ممن تلوله، لأنه عليه السلام في شريعته المنزلة عليه بلا شك أمر برجم من أحصن من الزناة، وإنما دعا عليه السلام بالتوراة حسماً لشغب اليهود، وتبكيئاً لهم في تركهم العمل بما أمروا به، وإعلاماً لهم

(١) راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ٣٦ باب رجم اليهود كتاب العنود، سنن الترمذي ج ٥ ص ٢١٤ باب ما جاء في رجم أهل الكتاب.

(٢) راجع هذا الدليل في فواتح الرحموت وشرحه ج ٢ ص ١٨٥، الأحكام للحمدي ج ٤ ص ١٩٤، حاشية الفتاوى على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٦، الأذلة للمختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٢٢.

(٣) راجع الأذلة للمختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٢٢.

بأنهم خالفوا كتابهم الذى يرون أنه أنزل عليهم، ومن قال إنه عليه السلام رجم اليهوديين اتباعاً للتوراة، لا لأمر الله تعالى له برجم كل من أحسن من الزناة فى شريعته المنزلة عليه فقد كفر وفارق الإسلام وحل دمه، لأنه ينسب إلى النبى ﷺ عصيان ربه فيما أمره به فى شريعته المنزلة عليه، إذ تركها واتبع ما نزل فى التوراة، وقد أخبر الله تعالى أن اليهود يحرفون الكلم عن مواضعه، فمن الكفر العظيم أن يقول من يدعى أنه مسلم: أن النبى ﷺ حكم بكتاب قيل إنه محرف (١).

وفى هذا للمعنى يقول الإمام الغزالى رحمه الله: إن مراجعة النبى ﷺ للتوراة فى رجم اليهوديين كان تكذيباً لهم فى إنكار الرجم، إذ كان يجب أن يراجع الإنجيل، فإنه آخر ما أنزل الله، فلذلك لم يراجع فى واقعة سوى هذه (٢).

٢- واستدلوا أيضاً بما رواه مسلم فى صحيحه وغيره عن أنس أن أخت الربيع أم حارثة جرحت إنساناً، فاختصموا إلى النبى ﷺ فقال رسول الله ﷺ: القصاص القصاص، فقالت أم الربيع: يا رسول الله انتقص من فلتاة! والله لا يقتص منها فقال رسول الله ﷺ: سبحان الله يا أم الربيع! القصاص كتاب الله، قال: والله لا يقتص منها أبداً قال: فما زالت حتى قبلوا اللدية، فقال رسول الله ﷺ: "إن من عباد الله من لو قسم على الله لأبره (٣)".

(١) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٢٧.

(٢) راجع المستصفى ج ١ ص ٢٦٠.

(٣) هذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه وأبو داود فى مسنده من طريق أنس بن مالك: راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ٢٤١ وما بعدها باب ثبوت القصاص فى الأسنان، سنن أبى داود ج ٤ ص ١٩٧ حديث رقم ٤٥٩٥.

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ قضى بالتفصيص للذي جاء في التوراة، وأحال على قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص" (١).

وليس في كتاب الله تعالى نص على التفصيص في السن إلا هذه الآية، وهي خبر عن شرع للتوراة، ومع ذلك حكم بها وأحال عليها، وهي من شرع من قبلنا فكان شرعا لنا (٢).

اعترض على ذلك:

بأن لا نسلم لكم أن القرآن الكريم غير مشتمل على تفصيص السن بالسن، ودليله قوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" (٣) وهو عام في السن وغيره (٤).

وفي رد الاستدلال بهذا الحديث يقول ابن حزم بعد ذكر الحديث: إنما عن رسول الله ﷺ قوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"، وهذا الذي خاطبنا به نحن هو اللازم لنا، ولم يأت نص على أنه عليه السلام عن غير هذه الآية أصلاً.

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) راجع الأحكام للأمدى ج٢ ص ١٩٤، لأحكام القرآن الكريم لابن العربي ج٢ ص ٦٣١، تفسير القرطبي ج٧ ص ٣٥ وما بعدها.

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٤) راجع المراجع السابقة.

فإن قال قائل: قلعه عليه السلام إنما عني بذلك قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس" (١)، وما أعلمكم بأنه عليه السلام عني الآية التي تلوتم دون هذه، فالجواب: إن البرهان على أنه عليه السلام لم يعن بقوله "كتاب الله للقصاص" قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها" لأنه ليس في التوراة قبول الأرض، وإنما الأرض في حكم الإسلام، وفي الحديث المذكور أنهم قبلوا الأرض، فصح أنه عليه السلام لم يعن (٢) قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها" (٣).

٣- واستدلوا أيضاً: بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: "من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها" (٤) وتلا قوله تعالى "وأقم الصلاة لنكري" (٥).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ استدل بهذه الآية على وجوب الصلاة عند تذكرها، وإلا لم يكن لتلاوتها فائدة في هذا المقام، وهذا دليل على أن النبي ﷺ متعبد بشرع من قبله، فكنكك أمته، وإلا لما صح الاستدلال بها (٦).

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٣٦، المستصفى ج ١ ص ٢٥٩، الأحكام للامدني ج ٢ ص ١٩٩.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٤) راجع سنن الترمذي ج ١ ص ٢٣٨ ط البالي الحلبي وأولاده بمصر.

(٥) سورة طه الآية ١٤.

(٦) راجع تيسير التحرير ج ٣ ص ١٣١، شرح المصنف على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٧، أصول السرخسي ج ٢ ص ١٠٠، هاشم الشرييني على جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٩٤.

اعترض على ذلك:

بأنه لم يذكر الخطاب مع موسى عليه السلام، لكونه موجباً لقضاء الصلاة عند النوم والنسيان، وإنما لوجب ذلك بما أوحى إليه، ونبه على أن أمته ﷺ مأمورة بذلك، كما أمر موسى عليه السلام (١) .

وفى رد الاستدلال بهذا الحديث يقول الإمام الغزالي - رحمه الله: ما ذكره رسول الله ﷺ إنما هو تعليل للإيجاب، لكن أوجب بما أوحى إليه، ونبه على أنهم أمروا كما أمر موسى عليه السلام، وقوله تعالى "وأقم الصلاة لذكرى" (٢) . إيجاب للصلاة، ولولا الخبر لكان السابق إلى الفهم أنه لشكر الله تعالى بالقلب، أو لنكر الصلاة بالإيجاب (٣) .

وفى هذا المعنى يقول ابن عبد الشكور: لا نسلم أنه ﷺ تعبد بشرع موسى عليه السلام، بل أمر به، للوحي الذي أوحى به، وأمر فيه بوجوب القضاء (٤) .

٤- واستدلوا أيضاً: بما روى أن النبي ﷺ لما قدم المدينة رأى اليهود يصومون يوم عاشوراء، فقال: ما هذا؟ قالوا: هذا يوم نجى الله فيه موسى، فقال أنا أولى بموسى منكم، فصامه وأمر بصيامه (٥) .

(١) راجع الأحكام للآمدى ج٤ ص ١٩٩.

(٢) راجع إرشاد الفحول ص ٢١١، الأحكام للآمدى ج٤ ص ١٨٨، المستصفى ج١.

ص ٢٤٦، البرهان لإمام الحرمين ج١ ص ٢٠٩.

(٣) راجع المستصفى ج١ ص ٢١٠.

(٤) جزء من الآية ١٤ من سورة طه.

(٥) هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه من طريق ابن عباس، راجع صحيح مسلم شرح النووي ج٣ ص ١٨٨ كتب الصوم باب صوم يوم عاشوراء.

وجه للدلالة: أن النبي ﷺ صام يوم عاشوراء بناءً على صيام اليهود له، ولولا أنه متعبد بشرع من قبله ما صامه، ولا أمر بصيامه، فثبت أن شرع من قبلنا شرع لنا وهو المطلوب (١).
اعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث لا حجة لهم فيه، لأن النبي ﷺ قد أمر بصيامه، ولولا أن الله تعالى أمره بصيامه ما اتبع اليهود في ذلك، وقد صح أنه كان يوماً تصومه قريش في الجاهلية، فصامه عليه السلام.

ويمكن أن يقال إن الرسول ﷺ صام يوم عاشوراء قبل أن يفرض رمضان، قلما فرض نسخ صيام يوم عاشوراء بصيام رمضان (٢).

دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب على تعبد النبي ﷺ وأمة بشرع من قبلنا بأدلة من الإجماع هالك بعضها منها:
١- أجمع العلماء على استدلالهم بقوله تعالى: "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس" (٣) "على وجوب القصاص في ديننا ولولا أنه متعبد بشرع من قبله لما صح الاحتجاج بكون القصاص واجباً في دين بني إسرائيل على كونه واجباً في دينه.

(١) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٣٦، فواتح الرحموت وشرحه ج ٢ ص ١٨٥.

(٢) راجع المراجعين السابقين.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٥.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أوجب وفرض القصاص على بنى إسرائيل في التوراة، ويؤيد هذا ما جاء في تفسير الآية إن الله تعالى سوى بين النفس والنفس في التوراة، فخالقوا ذلك فضلوا، فكانت دية النضيرى أكثر، وكان النضيرى لا يقتل بالقرطى، ويقتل به القرطى، فلما جاء الإسلام حكم بالاستواء، فقلت بنوا النضير: قد حططت منا، فنزلت هذه الآية، ولولا أننا متعبدون بشرع من قبلنا، لما صح الاستدلال بالآية على وجوه في دين بنى إسرائيل على وجوه في ديننا، فثبت بهذا الدليل أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ^(١).

أدلتهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا إليه من كون النبي ﷺ وأمة متعبدين بشرع من قبلنا بأدلة من المعقول هاهنا بعضاً منها:

١- إن الأصل في كل شرع البقاء والعمل به ما لم ينسخ، لأن ما ثبت شريعة لرسول فقد ثبتت الحقيقة فيه، لكونه مرضياً عند الله تعالى، وبعث الرسول لبيان ما هو مرضى عند الله تعالى، وما علم كونه مرضياً قبل بعث رسول آخر لا يخرج من أن يكون مرضياً ببعث رسول آخر، وإذا بقى مرضياً كان معمولاً به، كما

(١) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح المعتمد ج٢ ص ٢٨٧، تفسير التحرير ج٣ ص ١٣١، فوائح الرحموت وشرحه ج٢ ص ١٨٥، أصول الفخرى ج٢ ص ١٠٠، تفسير القرطبي ج٣ ص ٢٢٨٦، حاشية الطلار مع هامش الشربيني ج٢ ص ٣٩٤.

كان قبل بعث الرسول الثاني، لأن الأصل هو الموافقة في شرائع الرسل، إلا إذا تبين تغيير حكم بدليل النسخ.

٢- قد ثبت بالدليل أن النبي ﷺ تعبد بشرع من قبله قبل البعثة، والأصل بقاء ما كان على ما كان بعد البعثة استصحاباً حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، ولا دليل، إذا ثبت تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله بعد البعثة، وكذلك أمته، لأن ما كان واجباً في حقه كان واجباً في حقنا.

٣- إن شرع من قبلنا حكم الله تعالى، فيلزم المكلفين الذين وجدوا في زمن الخطاب وبعده ما لم يظهر ناسخ يرفعه (١).

ب- أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب على عدم تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول هـك بيانها:

دليلهم من الكتاب: استدلوا بأدلة من الكتاب هـك بيتها:

١- قوله تعالى ٣ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا (٢) " أى لكل أمة جعلنا منكم أيها الناس شرعة، أى شرعة وطريقة ظاهرة، ومنهاجاً أى طريقاً واضحاً، ومعنى الآية، إن الله تعالى جعل التوراة لأهلها، والإنجيل لأهله، والقرآن لأهله، وهذا فى الشرائع والعبادات، والأصل التوحيد لا اختلاف فيه، وقيل: الشرعة والمنهاج دين محمد ﷺ، وقد نسخ به كل ما سواه.

(١) راجع للمراجع السابقة، كشف الأسرار على أصول اليزيدى ج ٣ ص ٢١٣.

(٢) سورة المائدة الآية ٤٨.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى صرح بأنه جعل لكل أمة شريعة، وهذا يقتضى أن يكون لكل نبي شريعة خاصة يدعو إليها أمته، فلا يكون من بعده متعبداً بشريعته، وإلا لما كانت مختصة بهم، وهذا لأن بعثة الرسول ليست إلا لتبين ما بالناس حاجة إلى البيان، فإذا لم نجعل شريعة رسول منتهية ببعثة رسول آخر، ولم يأت بشرع مستأنف، لم يكن بالناس حاجة إلى البيان بعد الرسول الثاني، فلم يكن في بعثة فائدة، فثبت أن الأصل في كل شريعة اختصاصها بأمة بعث إليها النبي بها (١).

اعترض على ذلك:

يقول القرطبي في تفسيره بعد ذكر الآية السابقة التي استدل بها أصحاب هذا المذهب: وهذا لا حجة فيه، لأنه يحتمل التقييد إلا فيما قص عليكم من الأخبار عنهم مما لم يأت في كتابكم، وأرى أن هذا الدليل يوافق قول بعض القدرية القائل بأن الرسول ﷺ إذا لم يجد أمراً فلا فائدة في إرساله، فهم يعللون أحكام الله تعالى برعاية المصالح، وهذا باطل، لأن الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم بما يريد (٢).

ثانياً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب على دعوهم بالمنة ومن ذلك مايلي:

(١) كشف الأسرار على أصول اليزدي ج٣ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها ج١

ص ٤٠٠، أصول المرخسى ج٢ ص ١٠١.

(٢) راجع تفسير القرطبي ج٣ ص ٢٥٥٨.

١- فقد روى عن النبي ﷺ أنه لما بعث معاذاً - رضى الله عنه - إلى اليمن قال له: كيف تقضى؟ قال اقضى بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: اجتهد رأيي، قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يحبه الله ورسوله (١).

وجه الدلالة:

أن معاذاً - رضى الله عنه - ذكر اجتهاده للنبي ﷺ، ولم ينكر رجوعه إلى شرع من قبلنا، إذا لم يجد دليلاً من كتاب أو سنة، وأقره النبي ﷺ على ذلك وصوبه ودعا له، فلو كانت شرائع من قبلنا مدركاً من مدارك الأحكام الشرعية، لجرت مجرى الكتاب والسنة في وجوب الرجوع إليها، ولما جاز العدول عنها إلى الاجتهاد بالرأى إلا بعد البحث عنها واليأس من معرفتها، ولذكرها معاذ - رضى الله عنه - قبل أن ينكر اجتهاده، والالزام من متقنين، أي وجوب الرجوع، وعدم العدول عنها فثبت أنها ليست بشرع لنا (٢).

وفى هذا المعنى يقول الإمام الغزالي رحمه الله: إنه ﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن قال له: بم تحكم؟ قال بالكتاب والسنة والاجتهاد، ولم ينكر التوراة والإنجيل وشرع من قبلنا، فزكاه رسول الله ﷺ وصوبه، ولو كان ذلك من مدارك الأحكام لما جاز العدول إلى الاجتهاد إلا بعد العجز عنه (٣).

(١) راجع سنن الترمذي ج١ ص ٦٩ باب حدثنا هذا ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، مسند أحمد ج٥ ص ٢٣٠ ط المكتب الإسلامي، سنن أبي داود ج٣ ص ٢٠٣ باب اجتهد الرأي فنشر دار إحياء السنة النبوية.

(٢) الأحكام للأمدى ج٢ ص ١٩٠ وما بعدها، روضة القلندر وشرحها ج١ ص ٤٠٠، المحصول ج١ ص ٢٢٢، المعتمد ج٢ ص ٢٢٩، مختصر ابن الحاجب بشرح المعتمد ج٢ ص ٢٨٧، تيسير التحرير ج٣ ص ١٣١، فوائح الرحموت وشرحه ج٢ ص ١٨٥.

(٣) راجع المستصفى ج١ ص ٢٥١.

اعترض على ذلك:

بأننا لا نسلم أنه لو كان النبي ﷺ متعبداً بشرع من قبلنا لنكره معاذ، لاحتمال أنه إنما تركه لأن الكتاب يشمل، وهو قد قال أقضى بكتاب الله تعالى، فإن الكتاب يشتمل جميع الكتب، فإنه كما يطلق على القرآن الكريم يطلق على التوراة والإنجيل، فإذا كان الكتاب شاملاً له، أغنى ذكر الكتاب عن ذكر شرع من قبلنا. أو أن معاذاً- رضى الله عنه- لم يذكر شرع من قبلنا، واكتفى بذكر معظم الأئمة، وهى الكتاب والسنة والاجتهاد، لأن الأحكام المأخوذة من شرع من قبلنا قليلة الوقوع. وإنما ذهب المجوزون للتعبد إلى هذا التأويل جمعاً بين الأدلة الدالة على كونه متعبداً بشرع من قبله، والأدلة الدالة على عدم كونه ﷺ متعبداً بشرع من قبله^(١).

أجيب عن ذلك:

بأن معاذاً- رضى الله عنه- لم يذكرهما، لأن ما فيهما ليس شرعاً لنا لقوله تعالى "كل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً"^(٢)، ثم إن فى الكتاب والسنة ما يدل على القياس، فلماذا ذكر الاجتهاد؟ إذ كان ينبغي أن يقتصر على ذكر الكتاب، فإن شرع فى التفصيل كانت الشريعة السابقة أهم مذكوره أما قولكم: اندرجت التوراة

(١) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح المضد ج٢ ص ٢٨٧، تيسير التحرير ج٣ ص ١٣١، فوائح للرحموت وشرحه ج١ ص ١٨٥، تحقيق الجزء الأخير من المراج الهندى على بديع للنظام لابن الماعاى، رسالتنا لتيل درجة للتخصص الماجستير ص ٧٤ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة الآية ٤٨.

والانجيل تحت الكتاب، فإنه اسم يعم كل كتاب. قلنا: إذا ذكر الكتاب لم يسبق إلى فهم المسلمين شيء سوى القرآن، وكيف يفهم غيره ولم يعهد من معاذ قط تعلم التوراة والانجيل والعناية بتمييز المحرف عن غيره كما عهد منه تعلم القرآن، ولو وجب ذلك لتعلمه جميع الصحابة، لأنه كتاب منزل لم ينسخ إلا بعضه، وهو مدرك لبعض الأحكام.

وقد طالع عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- صحيفة من التوراة، فغضب رسول الله ﷺ وقال: "لامتهوكون أنتم كما تهوكت اليهود والنصارى، وأنه لو كان موسى حيا لما وسعه إلا اتباعي" (١)، فدل على كون من قبله بمنزلة أمته في لزوم اتباع شريعته لو كانوا أحياء، فدل هذا على أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا، وإنما كل شريعة مختصة برسول (٢).

واستدلوا أيضا: بما رواه جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: "أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي كان كل نبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلي كل أمة بأسرها" (٣).

وجه الدلالة:

فقد دل الحديث على أن كل رسول كان يبعث إلى أقوام مخصوصين، وأن كل شريعة جاءت بما تحتاجه الأمة المرسل

(١) راجع مسند أحمد ج ٣ ص ٣٢٨، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ١ ص ١٧٣ وما بعدها ط القدسي بالقاهرة باب ليس لأحد قول مع رسول الله ﷺ.

(٢) راجع المستصفى ج ١ ص ٢٥١، روضة الناظر وشرحها ج ٢ ص ٤٠١، الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٩٥.

(٣) هذا الحديث رواه أحمد في مسنده والترمذي في سننه من حديث مطول راجع مسند أحمد ج ٥ ص ١٤٥، سنن الترمذي ج ٥ ص ٣٩٣ حديث رقم ٣٢٧٦.

إليها رسولها، ولو لم يكن كذلك، لما كان هناك حاجة إلى بعث الرسل، ولا إلى التشريعات التي يرسل بها، لعدم الفائدة، وحينئذ يكون إرسال الرسل عبثاً، والعبث على الله تعالى محال، فثبت أن شريعة كل نبي كانت خاصة به^(١).

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: هذا الحديث يكفي من كل شغب موه به المبطلون، ويبين أن كل نبي قبل نبينا ﷺ إنما بعث إلى قومه خاصة، وإذا كان ذلك صح بيقين أن غير قومه لم يلزموا بشريعة نبي غير نبيهم، فصح بهذا يقيناً أنه لم يبعث إلينا أحد من الأنبياء غير محمد ﷺ ومن ألزمنا شرائع الأنبياء قبلنا، فقد أبطل فضيلة النبي ﷺ، وأكذبه في إخباره أنه لم يبعث نبي إلا إلى قومه خاصة، حاشاً، لأن خصومنا يريدون منا اتباع شرائع من قبلنا، فيوجبون بذلك أنهم مبعوثون إلينا، وبهذا سقط عنا طلب شرائعهم، وإذا سقط عنا طلبها، فقد سقط عنا حكمها، إذ لا سبيل إلى التزام حكم شيء إلا بعد معرفته، ولا سبيل إلى معرفته إلا بعد طلبه^(٢).

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به عن الدليل الأول من السنة، فارجع إليه إذ لا داعي لتكراره.

(١) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٣٨، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبي الكرام ص ٣٢٤، كشف الأسرار على أصول البرزوى ج ٣ ص ٢١٤.
(٢) راجع الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٧٣٨ وما بعدها.

دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب على عدم تعبد النبي ﷺ وأمثه بشرع من قبلهم بالإجماع هـك بياته:

١- أجمع المسلمون قاطبة على أن شريعة نبينا ﷺ ناسخة لشريعة من تقدم، فلا يكون متعبداً بها، لأن المنسوخ لا يتعبد به، ولو كان متعبداً بشئ منها، لما كانت شريعته ناسخة له، ولو كان النبي ﷺ متعبداً بها لكان مخبراً لا شارعاً، ولكان صاحب نقل لا صاحب شرع.

أجيب عن ذلك:

بأن معنى كون شريعتنا ناسخة للشرائع السابقة أنها ناسخة لما يخالفها، فإنها غير ناسخة لجميع الأحكام قطعاً، وإلا وجب نسخ وجوب الإيمان وحرمة الكفر، لثبوتها في تلك الشرائع، وهما غير منسوخين بالإجماع، لأن الإجماع منعقد على أن وجوب الإيمان وحرمة الكفر من أحكام الشرائع السابقة ولا يجوز نسخهما(١).

دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب على مدعاهم من المعقول بما يأتي:

١- لو كان النبي ﷺ متعبداً بشرع من قبله بعد البعثة، وكذلك أمته، لافترض تعلمه على الأمة على الكفاية، كما افترض تعلم

(١) راجع هذا الدليل وما أجيب به في مختصر ابن الحاجب وشرحه ج٢ ص ٢٨٧، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩٣، المستصفى ج١ ص ٢٥٥، تيسير التحرير ج٣ ص ١٣١، فواتح الرحموت وشرحه ج٢ ص ١٨٥.

القرآن والأخبار على الكفاية، ولوجبت المراجعة إلى شرع من تقدم في الكتب السالفة، والبحث عنه على النبي ﷺ وعلى الصحابة بعده بالسؤال عن نقلها بسؤالهم عن الأحاديث النبوية والوقائع المختلف فيها فيما بينهم، كمسألة الحد والعول، وبيع أم الولد، والمفوضة، وحد الشرب وغير ذلك، واللازم باطل، لعدم فرضية تعلم شرع من قبله على النبي ﷺ وأمه بالاتفاق (١).
اعترض على ذلك:

لا نسلم لكم أنه ﷺ لو كان متعبداً بشرع من قبله لكان تعلم هذه الشرائع من فروض الكفايات، وإنما يلزم ذلك لو كان العلم به متوقفاً على ذلك، وليس كذلك، لأن المعتبر من شرع من قبلنا ما ثبت بالتواتر أو الوحي، ولا نسلم عدم مراجعة النبي ﷺ لها، بل نقل عنه مراجعة التوراة في الرجم لليهود يبين للذين زنياً، وقد سبق الحديث الدال على المراجعة، وما لم يراجع فيه شرع من تقدم، إما لأن تلك الشرائع لم تكن مبينة له، أو لأنه ما كان متعبداً باتباع الشريعة السالفة إلا بطريق الوحي، ولم يوح إليه به، وأما عدم بحث الصحابة عنها، فإنما كان لأن ما تواتر منها كان معلوماً لهم غير محتاج إلى بحث عنه، وما كان منقولاً منها على لسان الآحاد من الكفار لم يكونوا متعبدين به (٢).

(١) راجع المستصفى ج١ ص ٢٥٣، المحصول ج٢ ص ٥٢٠، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩١.

(٢) راجع تيسير التحرير ج٣ ص ١٢١، مختصر ابن الحاجب بشرح العضد ج٢ ص ٢٨٧، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩٢، فواتح الرحموت وشرحه ج٢ ص ١٨٥.

ج- أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب هذا المذهب على مذهبهم القائل بالتوقف بما يأتي:

١- إن الأدلة الدالة على التعبد معارضة لأدلة القائلين بعدم التعبد، وليس التمسك ببعض منها أولى من البعض، فوجب التوقف.

أجيب عن ذلك:

لا نسلم لكم تعارض الأدلة، لأن أدلة القائلين بالمنع لا تقوى على أن تكون معارضة مع أدلة القائلين بالجواز، لأننا ردنا على كل دليل من هذه الأدلة وبيننا ضعفها (٢).

وبعد عرض أقوال العلماء، وأدلة كل فريق على تعبد النبي ﷺ وأمره بشرع من قبلهم بعد البعثة وعدمه، يتبين لي أن شرع من قبلنا ليس في حد ذاته دليلاً مستقلاً، بل هو راجع إلى الكتاب والسنة، ولا يعمل به إلا إذا قصه الله تعالى علينا، أو جاء على لسان رسول الله ﷺ من غير إنكار، ولم يرد في شرعنا ما يدل على نسخه أو رفعه عنا، فيكون حينئذ شرعاً لنا، ويلزمنا العمل به، وهذا هو الراجح لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين لهم، والله تعالى أعلى وأعلم.

(٢) راجع الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢٠٠ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢١١.

المبحث الخامس "أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا في الفقه الإسلامي"

تمهيد:

لقد ترتب على خلاف العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا وعدمه خلافهم في كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هـك بعضاً منها:

المسألة الأولى الأضحية

وهي في اللغة: اسم لما يضحي به أو لما يذبح أيام عيد الأضحي(١):

واصطلاحاً: هي ذبح حيوان مخصوص بنية القرية في وقت مخصوص، أو هي ما يذبح من النعم تقرباً إلى الله تعالى في أيام النحر(٢).

وهنا اختلف العلماء في حكم الأضحية. هل هي واجبة أم هي سنة؟ وسبب اختلافهم قصة سيدنا إبراهيم- عليه السلام- عندما أمره الله تعالى بذبح ابنه إسماعيل عليه السلام، وعندما

(١) راجع مختار الصحاح ص ٣٧٨، للمصباح المنير ج ٢ ص ٣٥٩، للقاموس المحيط ج ٣ ص ٣٥٦.

(٢) راجع تبیین الحقائق ج ٦ ص ٢ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٥٠٥ ط البابي الحلبي بمصر.

امتلئ سيدنا ابراهيم لأمر ربه، أنزل الله للفداء من السماء بقوله تعالى "وفديناه بذبح عظيم (١)".

وهذه القصة من شرع من قبلنا، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا، قال: الأضحية واجبة، ومن قال شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال: الأضحية سنة مؤكدة، وهاك هذين المذهبين، وأدلة كل مذهب مع بيان الراجح منهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الشافعية، والمالكية والحنابلة، ومن الحنفية أبو يوسف ومحمد، ومروى عن أبي بكر، وعمر، وبلال، وإسحاق الأوزاعي، والثوري وغيرهم، وهم يرون أن الأضحية سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليها، ورخص الإمام مالك للحاج تركها بمنى (٢).

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أبو حنيفة، وزفر، والحسن بن زياد، وغيرهم، وهم يرون أن الأضحية واجبة في كل عام على المقيمين من أهل الأمصار شكراً لنعمة الحياة، وإحياء لميراث الخليل ابراهيم عليه

(١) سورة الصافات الآية ١٠٧.

(٢) راجع هذا المذهب في الأم للشافعي ج٢ ص ٢٢١ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، بداية المجتهد ج١ ص ٤٢٩ ط البابى الحلبي ولولاه بمصر، المجموع شرح المذهب ج٨ ص ٣٨٢ وما بعدها ط دار الفكر، المغني لابن قدامة ج٣ ص ٥٨١ ط دار الكتاب العربي، مغني المحتاج ج٢ ص ٢٨٢ ط البابى الحلبي ولولاه بمصر، قوانين الأحكام الفقهية ص ١٩٦ ط دار الفكر، الفقه الإسلامي للكتور وهبه الزحيلي ج٣ ص ٥٩٥ ط دار الفكر.

السلام حين أمره الله تعالى بذبح الكبش في هذه الأيام، فداءً عن ولده، ومطية على الصراط، ومغفرة للذنوب وتكفيراً للخطايا (١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الأضحية سنة مؤكدة بالسنة والأثر والمعقول هاك بعضاً منها:

أولاً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

- ١- ما روى عن أم سلمة- رضى الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال "إذا رأيتم هلال ذى الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره" (٢).

وجه الدلالة:

في هذا الحديث علق ﷺ الأضحية على الإرادة، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، فالأضحية غير واجبة.

- ٢- ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول ثلاث كتبت علىّ، ولم تكتب عليكم: الوتر والضحي والأضحية: وروى ثلاث كتبت علىّ، وهى لكم سنة وذكر ﷺ الأضحية (٣)، والسنة غير الواجب في العرف.

(١) راجع هذا المذهب في بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٨١ وما بعدها، تكملة فتح القدير ج٩ ص ٥٠٩، للباب في شرح للكتاب ج٣ ص ٢٣٢ ط دار الحديث لبنان، تبين الحقائق ج٦ ص ٢، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ج٣ ص ٣٦٩ ط دار الحديث لبنان، فتح للغفار بشرح للنفار ج٤ ص ١٣٩ ط الحلبي، تفسير القرطبي ج٣ ص ٣٦٢ وما بعدها.

(٢) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه من طريق أم سلمة رضى الله عنها راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج٤ ص ٦٥٤ كتاب الأضاحي- باب نهى من دخل عليه عشر ذى الحجة وهو مريد للتضحية أن يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً.

(٣) هذا الحديث رواه الدارقطني في سنته وغيره من طريق ابن عباس راجع سنن الدارقطني مع التعليق المغني ج٤ ص ٢٨٢ كتاب الصيد والذبائح، نصب الرعية ج٤ ص ٢٠٦ كتاب الأضحية، وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف.

ثانياً: أدلتهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بما يلي:

١- أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - كانا لا يضحيان مخافة أن ترى الناس ذلك ولجبا^(١)، والأصل عدم الوجوب. أجيب عن ذلك:

بأن سيدنا أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - كانا لا يضحيان لعدم غناهما، والغنى شرط الوجوب^(٢).

٢- ما روى عن أبي مسعود الأنصاري - رضي الله عنه - أنه قال: قد أروح على ألف شاة وأضحى بواحدة مخافة أن يعتقد جارى أنها ولجة^(٣).

أجيب عن ذلك:

بأن قول ابن مسعود لا يصلح معارضاً للكتاب والسنة، وسيأتى فى استدلال الحنفية بعد قليل، مع أنه يحتمل أنه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى أن يعتقد الوجوب فى الأضحية مع قيام الدين، ويحتمل أنه أراد بالوجوب الفرض، إذ هو الواجب المطلق، فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لو ضحى، فصان اعتقاده بترك الأضحية فلا يكون حجة مع قيام الاحتمال^(٤).

ثالثاً: أدلتهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

١- إنها لو كانت الأضحية ولجة، لكان لا فرق بين المقيم والمسافر، لأنهما لا يفترقان فى الحقوق المتعلقة بالمال، كالزكاة

(١) راجع سبل السلام ج٤ ص ٩٣.

(٢) راجع هذا الجواب فى بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٨١ وما بعدها ط الإمام بالقاهرة.

(٣) راجع نصب الرأية ج٤ ص ٢٠٧ للنشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

(٤) راجع المرجع السابق فى رقم ١

وصدقة الفطر، والأضحية لا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم (١).

أجيب عن ذلك:

بأن الاستدلال بالمسافر غير مسديد، لأن فيه ضرورة لا توجد في حق المقيم (٢).

استدل أصحاب المذهب الثاني القائل بأن الأضحية واجبة بالكتاب والسنة هالك بعضاً منها:

أولاً: أدلتهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة كثيرة من الكتاب الكريم منها مايلي:

١- قوله تعالى "قل إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين: لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين (٣)".

وجه الدلالة:

إن المراد بالنسك في الآية الكريمة الأضحية، وقد أضافها الله تعالى له، وأمر بها سيدنا إبراهيم عليه السلام، والأمر في شرعه أمر في شرعنا، ويؤيد ذلك الآية التي قبلها، وهي قوله

(١) راجع أدلة المذهب الأول في المجموع شرح المهذب ج٨ ص ٣٨٢ وما بعدها، بذلية المجتهد ج١ ص ٤٢٩، الأم للشافعي ج٢ ص ٢٢١، المغني لابن قدامة ج٣ ص ٥٨١، مغني المحتاج ج٤ ص ٢٨٢، قوانين الأحكام لفقهاء ص ١٦٦، الفقه الإسلامي للكتاتوريه للزحيلي ج٣ ص ٥٩٥ وما بعدها.

(٢) راجع هذا الجواب في بدع الصنائع ج٦ ص ٢٨١ وما بعدها.

(٣) سورة الأنعام الآية ١٦٢، ١٦٣.

تعالى " قل إننى هدانى ربى إلى صراط مستقيم ديناً قيماً ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين (١) " .

ويؤيده ما رواه عمران بن حصين، قال: قال رسول الله ﷺ: "يا فاطمة قومي فاشهدى أضحيتك، فإنه يغفر لك فى أول قطرة من دمها كل ذنب عملتيه، ثم قولى إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين".

قال عمران: يا رسول الله هذا لك ولأهل بيتك خاصة أم للمسلمين عامة؟ قال: بل للمسلمين عامة (٢) .

٢- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى "فصل لربك وانحر (٣) " .
وجه الدلالة:

قيل فى تفسير الآية: صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها، وقيل: صل صلاة بجمع وانحر، ومطلق الأمر للوجوب فى حق العمل، ومتى وجب على النبى ﷺ وجب على الأمة، لأنه قدوة لأمته.

أجيب عن ذلك:

بأنه قد فسر النحر فى الآية بوضع الكف على النحر فى الصلاة، ولو سلم ذلك، فيه دلالة على أن النحر بعد الصلاة، فهى

(١) سورة الأنعام الآية ١٦٦.

(٢) هذا الحديث رواه البيهقى فى سننه وغيره من طريق عمران بن حصيص وعلى بن أبى طالب: راجع السنن الكبرى للبيهقى ج٩ ص ٢٨٣، مجمع الزوائد للهيثمى ج٤ ص ١٧، الفردوس بمأثور الخطاب للنيلى ج٥ ص ٤٣٣ حديث رقم ٨٦٥٥.

(٣) سورة الكوثر الآية [٢]

تعيين لوقته، لو لوجوبه، كأنه يقول: إذا نحررت فبعد الصلاة، فقد روى أن النبي ﷺ كان ينحر قبل الصلاة، فأمر أن يصلى ثم ينحر.

ثانياً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة من السنة منها ما يلي:

١- قوله ﷺ "من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا"(١).

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد توعد من لم يضح بعدم قربان الصلاة كأنه يقول: لا فائدة في الصلاة، مع ترك هذا الواجب، وهذا الوعيد لا يكون لغير الواجب، فالأضحية واجبة. فضلاً عن ذلك، فإن الأضحية قربة يضاف إليها وقتها، يقال: يوم الأضحي، وذلك يؤذن بالوجوب، لأن الإضافة للاختصاص، والاختصاص بوجود الأضحية فيه، والوجوب هو المفضى للوجود الظاهر بالنسبة لمجموع الناس.

(١) هذا الحديث رواه الشوكاني وغيره من طريق أبي هريرة. راجع نيل الأوطار ج٥ ص ١٠٥ ط الباني الحلبي وأولاده بمصر، سبل السلام ج٤ ص ٩١ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث موقوف، فلا حجة فيه، أو هو محمول على تأكيد الاستحباب، كغسل الجمعة.
٢- واستدلوا أيضاً بما روى عن النبي ﷺ أنه قال "ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم" (١).

وجه الدلالة:

أمر النبي ﷺ بالأضحية، والأمر المطلق عن القرينة يقتضي الوجوب في حق العمل.
٣- واستدلوا أيضاً بما روى عن النبي ﷺ أنه قال "على أهل كل بيت في كل عام أضحية" (٢).

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث قد دل بلفظه على الوجوب، فالأضحية واجبة.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث ضعيف، لأن فيه أبا رمله، وهو مجهول، فلا يصح الاحتجاج به.

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجة في سننه من طريق زيد بن أرقم: راجع سنن ابن ماجة ج٢ ص ١٠٤٥ كتاب الأضاحي باب ثواب الأضحية حديث رقم ٣١٢٧ ط دار الفكر.
(٢) هذا الحديث رواه الترمذي وأبو داود من طريق محنف بن سليم: راجع سنن الترمذي ج٢ ص ٩٩ كتاب الأضاحي حديث رقم ١٥١٨ وقال عنه حديث غريب ولا يعرف إلا من هذا الوجه، سنن أبي داود ج٣ ص ٩٣ كتاب الأضاحي باب إيجاب الأضاحي.

٤- واستدلوا أيضاً بما روى عن النبي ﷺ أنه قال " من ذبح قبل الصلاة، فليعد أضحيته، ومن لم يذبح فليذبح على اسم الله (١) ".
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بذبح الأضحية، وإعادتها إذا ذبحت قبل الصلاة، فكان ذلك دليلاً على الوجوب، ولأن إراقة الدم قرينة، والوجوب هو القرينة في القربات.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث فيه بيان لوقت الأضحية من بعد صلاة العيد، فلا تجزئ قبله، وليس فيه دلالة على الوجوب (٢) .
 هذا: وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل فريق، يتضح لنا أن الراجح هو الرأي القائل: بأن الأضحية سنة مؤكدة، لا يجوز تركها للقادر عليها، وليست واجبة، لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم.

(١) هذا الحديث رواه الصنعاني في سبله من طريق جندب بن سفيان، راجع سبل السلام ج٤ ص ٩٢ باب الأضاحي وقال متفق عليه.

(٢) راجع مذهب الحنفية وما أجيب به في تكملة فتح القدير ج٩ ص ٥٠٩، بدائع الصنائع ج٦ ص ٢٨١٤ وما بعدها، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ج٣ ص ٣٦٩، اللباب في شرح الكتاب ج٣ ص ٢٣٢، تبين الحقائق ج٦ ص ٢، فتح لفغار بشرح المنار ج٢ ص ١٣٩، الأم للشافعي ج٢ ص ٢٢١، تخريج القروع على الأصول للزنجاني ص ١٩٨، تفسير القرطبي ج٣ ص ٣٦٧٥، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ج٤ ص ٩١ وما بعدها.

المسألة الثانية

فى "من نذر أن يذبح ولده أو ينحره ماذا يجب عليه؟
فمن قال: إن فعلت كذا، لله على أن أنبح ولدى. أو قال:
ولدى نحير إن فعلت كذا. أو نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق
بشرط معين.

وبالتالى فلا يجوز الوفاء بالنذر إجماعاً، لأن قتل النفس
بغير حق حرام فى جميع الشرائع، فضلاً عن أن يكون ولد
الإنسان وفلذة كبده، وهذا هو نذر المعصية المنهى عنه بقوله ﷺ
"لا نذر فى معصية الله (١)" إلا أن الفقهاء أوجبوا عليه ما يكفر به
عن نذره، إلا أنهم اختلفوا فى ذلك. وسبب اختلافهم: قصة سيدنا
إبراهيم عليه السلام ألقى ما تقرب به إبراهيم عليه السلام عندما
رأى فى المنام أن يذبح ابنه اسماعيل عليه السلام، وأمره الله
تعالى أن يذبح شاه، فهل هذا لازم للمسلمين أم ليس بلأزم، فمن
رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم عليه السلام، قال لا يلزم،
ومن قال شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، قال يلزمنا. إذا
تقرر هذا فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الكفارة على الناذر وذلك
على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

(١) هذا الحديث رواه الترمذى وابو داود وابن ماجة من طريق عائشة رضى الله عنها.
راجع مسند الترمذى ج٤ ص ١٠٣ كتاب الأيمان والنذور باب لا نذر فى معصية، مسند
ابن ماجة ج١ ص ٦٨٦ كتاب الأيمان والنذور، مسند أبى داود ج٣ ص ٢٣٢ كتاب
الأيمان والنذور باب النذر فى المعصية

المذهب الأول:

وعليه ملك، وأبو حنيفة، ونقل عن الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما، وهم يرون أن من نذر ذبح ابنه، عليه أن يذبح شاه ويطعمها للمساكين (١).

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أحمد في الرواية الثانية عنه، ونسب لبعض الحنفية، وهم يرون أن من نذر أن يذبح ابنه، وجب عليه كفاره يمين، لا فعل المعصية (٢).

المذهب الثالث:

وعليه الشافعي، وأبو يوسف وزفر من الحنفية، وهم يرون أن من نذر ذبح ابنه أو نحره، لا شيء عليه، لأنه نذر معصية، ولا يجب الوفاء به، ولا يجوز ولا تجب به كفارة، لأن النذر ليس بيمين، وأن من نذر أن يطيع الله تعالى أطاعه، ومن نذر أن يعصى الله لم يعصه ولم يكفر (٣).

(١) راجع بداية المجتهد ج١ ص ٤٢٧، حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٣٧٩ ط الباني الحلبي وأولاده بمصر، المغني لابن قدامة ج١١ ص ٢١٥، للقرنين للفتحية ص ١٦٨.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ج١١ ص ٢١٥ وما بعدها، فتح القدير ج٤ ص ٢٦، بلوغ المرام من جمع أملة الأحكام ج٤ ص ١١٢.

(٣) راجع الأم للشافعي ج٢ ص ٢٥٥، تخريج القروع على الأصول للزنجاني ص ١٩٨ وما بعدها، فتح الغفار بشرح المنار ج٢ ص ١٢٩.

الأدلة

استدل اصحاب المذهب الأول القائل بأن من نذر ذبح ابنه عليه أن يذبح شاه ويطعمها للمساكين من الكتاب بمايلي:
١- قوله تعالى: "وفديناه بذبح عظيم" (١).

وجه الدلالة:

أن الله عز وجل فدى سيدنا إسماعيل عليه السلام حين أمر أباه إبراهيم - عليه السلام - بأن يذبح ولده إسماعيل حين بلغ معه السعى قال له "يا بني إني أرى في المنام أني أذبحك فانظر ماذا ترى قال يا أبت افعل ما تؤمر ستجدني إن شاء الله من الصابرين فلما أسلما وتله للجبين وناديناه أن يا إبراهيم قد صدقت الرؤيا إنا كذلك نجزي المحسنين إن هذا لهو البلاء المبين وفديناه بذبح عظيم" (٢)، وكان الفداء بذبح شاة، وهذا الحكم وإن كان في شرع من قبلنا إلا أنه لم يفسخ في شرعنا، فدل ذلك على أن شرع من قبلنا يكون حجة لنا، لأن الله تعالى لا يأمر بالفحشاء ولا بالمعاصي، وذبح الولد من الكبار والمعاصي، قال تعالى "ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق" (٣) "وقال النبي ﷺ أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك، قيل: ثم أي؟ قال: أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك" (٤).

(١) سورة الصافات الآية ١٠٧.

(٢) سورة الصافات الآيات من ١٠٢ - ١٠٧.

(٣) سورة الإسراء الآية ٣١.

(٤) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما راجع صحيح البخاري جـ ٧ ص ٣٥٤ كتاب التفسير، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص ٨٠ باب أعظم الذنوب بعد الشرك.

وفى هذا المعنى يقول ابن عابدين: فإن الله تعالى أوجب على الخليل إبراهيم عليه السلام ذبح ولده، وأمره بذبح الشاه، حيث قال تعالى "قد صدقت الرويا(١)"، فيكون كذلك فى شريعتنا، لأن الله تعالى أمرنا باتباع شريعة إبراهيم عليه السلام فى قوله تعالى "تم أوحينا إليك أن أتبع ملة إبراهيم حنيفا(٢)"، فدل هذا على أن شرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ولا ناسخ هنا(٣).

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن من نذر ذبح ابنه وجب عليه كفارة يمين بالسنة والأثر هاك بيان هذه الأئلة.

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه عمران بن حصين عن النبى ﷺ أنه قال "لا نذر فى معصية، وكفارته كفارة يمين(٤)"، وبما رواه أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه قال "النذر يمين وكفارته كفارة يمين(٥)".

(١) سورة الصافات الآية ١٠٥.

(٢) سورة النحل الآية ١٢٣

(٣) راجع بدلية المجتهد ج١ ص ٤٢٧، حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٣٧٩، المعنى لابن قدامة ج١١ ص ٢١٥.

(٤) سبق تخريج الحديث.

(٥) هذا الحديث رواه السيوطى من طريق عتبة بن عامر وعزاه للطبرانى فى الكبير عن عتبة بن عامر ورمز له بالصحة راجع للجمع الصغير للسيوطى ج٢ ص ١٨٩.

وجه الدلالة:

أن النذر حكمه حكم اليمين، فكفارته كفارة يمين، فيكون بمنزلة من حلف لينبحن ولده، ولا يقال: إن النذر لنبح الولد كناية عن نبح كبش، لأن إبراهيم لو كان مأموراً بنبح كبش، لم يكن الكبش فداءً، ولا كان إبراهيم مصدقاً للرؤيا قبل نبح الكبش، وإنما أمر بنبح ابنه ابتلاءً، ثم فدى بالكبش، وهذا أمر اختص بإبراهيم عليه السلام، لا يتعداه إلى غيره، لحكمة علمها الله تعالى فيه، ثم كان إبراهيم عليه السلام مأموراً بنبح كبش، فقد ورد شرعنا بخلافه، فإن نذر نبح الابن ليس بقربة في شرعنا ولا مباح، بل هو معصية، فيكون كفارته ككفارة سائر نذور المعاصي.

أجيب عن ذلك:

بأن الحديثين قال ابن عبد البر فيهما ضعف أهل الحديث حديث عمران، لأنه يدور على زهير بن محمد، وابوه مجهول، ولم يرو عنه غير ابنه، وزهير أيضاً عنده مناكير، وحديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم، وهو متروك الحديث، وأما قولكم كفارة النذر كفاة يمين، فهو محمول على نذر الغضب. ثانياً- دليلهم من الأثر: استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمالي:

١- ما روى أن امرأة أتت إلى عبدالله بن عباس فقالت: إني نذرت أن أنحر ابني فقال ابن عباس: لا تتحرى ابنك وكفري عن يمينك (١).

(١) هذا الأثر رواه الإمام مالك في الموطأ: راجع المنتقى شرح الموطأ ج ٣ ص ٢٤١ ط دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.

وجه الدلالة:

أن ابن عباس وهو صحابي وقوله حجة يجب العمل به، فقد أرشد من سألته عن نذر أن ينحر ابنه بقوله "لا تتحرى ابنك وكفرى عن يمينك، فجعل النذر كفارته ككفارة يمين (١)".

استدل أصحاب المذهب الثالث على مذهبهم القائل بأن من نذر نبح ابنه، أو نحره لا شيء عليه بالسنة هالك ببيان دليلهم

دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه (٢)".

وجه الدلالة:

فقد دل الحديث على أن من نذر معصية، فلا يجب عليه شيء، ومن نذر نحر ولده أو نبحه فهو معصية ولا شيء عليه (٣). هذا؛ وبعد أن ذكرنا مذاهب العلماء وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه، أرى أن الرأي الراجح هو القائل بأنه تجب عليه كفارة يمين، لقوة أدلته.

(١) راجع المعنى لابن قدامة ج١١ ص ٢١٥ وما بعدها، وفتح القدير ج٤ ص ٢٦، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ج٤ ص ١١٢.

(٢) هذا للحديث رواه البخارى فى صحيحه ولبو داود فى سننه من طريق أبى هريرة راجع صحيح البخارى شرح فتح البارى ج١١ ص ٥٨٥ كتاب الأيمان وللنذور، سنن أبى داود ج٣ ص ٢٣٢ كتاب الأيمان باب ما جاء فى نذر للمعصية حديث رقم ٣٢٨٩.

(٣) راجع الأم للشافعى ج٢ ص ٢٥٥، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٩٨ وما بعدها، فتح الغفار بشرح المنار ج٢ ص ١٣٩.

المسألة الثالثة

فى من حلف ليضربن زيداً مائة خشبة فضربه بالعشكال
ونحوه فهل يبر فى يمينه أم لا؟

اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين، وسبب خلافهم يرجع إلى قصة سيدنا أيوب- عليه السلام- وزوجته التى حكاها الله تعالى فى القرآن الكريم بقوله تعالى: "وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب(١)" وكان سيدنا أيوب عليه السلام قد حلف فى مرضه أن يضرب امرأته مائة جلدة، وفى سبب ذلك أربعة أقوال:

أحدها: ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- قال: اتخذ إبليس تابوتاً فوقف على الطريق يداوى الناس، فأنته امرأة أيوب- عليه السلام- فقالت: يا عبد الله إن هاهنا إنساناً مبتلى، من أمره كذا وكذا، فهل لك أن تدأويه؟ قال لها نعم على أنى إن شفيته يقول كلمة واحدة: أنت شفيتى، لا أريد منه غيرها، فأخبرت بذلك أيوب- عليه السلام، فقال: ويحك ذلك الشيطان، لله على إن شفانى لأجلدك مائة جلدة، فلما شفاه الله أمره أن يأخذ عثكالا فيضربها به، فأخذ شماريخ قدر مائة فضربها ضربة واحدة.

الثانى: ما حكاه سعيد بن المسيب، أنها جاءت بزيادة على ما كانت تأتيه من الخبز، فخاف خيانتها فحلف ليضربنها.

(١) سورة ص الآية ٤٤.

الثالث: ما حكاه يحيى بن سلام وغيره، أن الشيطان أغواها أن تحمل أيوب عليه السلام على أن يذبح سخة تقرباً إليه، وأنه يبرأ فذكرت ذلك له فحلف إن عوفى ليضربنها مائة.

الرابع: قيل باعت ذوائبها برغيفين، إذ لم تجد شيئاً تحمله إلى أيوب، وكان أيوب عليه السلام يتعلق بها إذا أراد القيام، فلهذا حلف ليضربنها، فلما شفاه الله أمره أن يأخذ ضغثاً فيضرب به، فأخذ شماريخ قدر مائة فضربها ضربة واحدة، والضغث: قبضة حشيش مختلطة للرطب باليابس، وقيل: إتكال النخل الجامع بشماريخه وهو السعف أى ما صغر من أغصان النخل.

فهل هذا الحكم عام أو خاص بأيوب عليه السلام وحده؟ بمعنى أن شرع من قبلنا هل هو شرع لنا أو ليس بشرع لنا؟ فمن قال هذا الحكم عام للناس جميعاً، وشرع من قبلنا شرع لنا قال: من حلف ليضربن زيداً أو امرأته مائة خضبة أو جلدة، فضرب بالعتكال ونحوه يبر في يمينه ولا يحنث.

ومن قال بأن هذا الحكم خاص بأيوب عليه السلام وحده، وأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال لا يبر في يمينه ويحنث.

والملاحظ هنا في هذه المسألة أن الإمام الشافعى - رضى الله عنه - قد خالف مذهبه في عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال يبر في يمينه ولا يحنث، والإمام مالك أيضاً قد خالف مذهبه في الأخذ بشرع من قبلنا، وقال لا يبر في يمينه ويحنث. إذا تقرر هذا فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين هاهنا بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي، وأبو حنيفة، وهو مروى عن مجاهد وعطاء بن أبي رباح، وهم يرون أن من حلف ليضربن امرأته مائة جلدة، فضربها بالعتكال ونحوه، فإنه يبر في يمينه ولا يحنث، بشرط أن تصيبه المائة.

وجاء هذا المعنى في المذهب فقال: وإن حلف ليضربن عبده مائة سوط، فشد مائة سوط وضربه بها ضربة واحدة، فإن يتيقن أنه أصابه بالمائة بر في يمينه، لأنه ضربه مائة سوط، وإن يتيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر، لأنه ضربه دون المائة.

وجاء في الفتاوى الهندية: رجل حلف بالله أن يضرب ابنته الصغيرة عشرين سوطاً، فإنه يضربها بعشرين شمراخاً، وهو السعف، وهو ما صغر من أغصان النخل (١).

المذهب الثاني:

وعليه مالك، وأحمد، وابن حزم، والمزني، وأصحاب الرأي وغيرهم، وهم يرون أنه من حلف ليضربن زيدا أو امرأته مائة جلدة، فضرب بالعتكال، فإنه لا يبر في يمينه ويحنث.

وجاء هذا المعنى في الشرح الصغير، فقال: من حلف لأضربن فلاناً كذا أي عشرة أسواط، وضربه بالعشرة ضربة

(١) راجع هذا المذهب وما قيل فيه في حلية العلماء جـ ٧ ص ٢٨٠ وما بعدها، البدائع جـ ٣ ص ٨٦، أحكام القرآن للكرام لابن العربي جـ ٤ ص ١٦٥٢، المذهب جـ ٢ ص ١٣٨ ط البابي الحلبي ولولاده بمصر، للفتاوى الهندية جـ ٢ ص ١٢٨ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، تفسير القرطبي جـ ١٥ ص ٢١٢.

واحدة، والمعنى أنه لا يبر، واليمين ببقية عليه، لأن الضرب بها مجموعة لا يؤلمه كالمفرقة (١) .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بالكتاب والسنة
هاك بيانها:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى "وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحثث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب (٢) " .

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه أمر أيوب عليه السلام عندما حلف: ليجلدن امرأته مائة جلدة، بأن يأخذ ضغثاً فيضرب به، فأخذ شماريح قدر مائة فضربها ضربة واحدة وبر في يمينه.

وفي هذا المعنى يقول إمام الحرمين بعد ذكر هذه الآية، اتفق العلماء على أن هذه الآية معمول بها في ملتئاء، والسبب فيه أن الملل لا تختلف في موجب الألفاظ (١) .

(١) راجع هذا المذهب في الشرح للصغير ج٢ ص ٢٣٥ ط دار المعارف، للمغنى لابن قدامة ج٩ ص ٦١٣ وما بعدها، القوتين للفقيه ص ١٦٤، المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١٧٥، تخریج الفروع على الأصول للإسنوی ص ٤٤١.

(٢) سورة ص الآية رقم ٤٤.

(١) راجع تخریج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٩٨ وما بعدها.

أجيب عن ذلك:

بأن ما جاء في قصة أيوب - عليه السلام - فإن الله تعالى رخص له رفقاً بامرأته، لبرها به وإحسانها إليه، ليجمع له بين بره في يمينه ورفقه بامرأته، ولذلك امتن عليه بهذا، وذكره في جملة ما من عليه به من معافاته إياه من بلائه، ولو كان الحكم عاماً لكل واحد، لما اختص أيوب بالمنة عليه.

وفي هذا المعنى يقول ابن العربي: وقصة أيوب هذه لم يصح كيفية يمين أيوب فيها، فإنه روى أنه قال إن شفاني الله جللتك، وروى أنه قال: والله لأجلدنك، وهذه الروايات لا ينبئني عليها حكم، فلا فائدة في النصب فيها، ولا في إشكالها بسبيل التأويل، ولا طلب الجمع بينها وبين غيرها بجمع الدليل (٢).

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما رواه أبو داود في سننه قال: حدثنا أحمد بن سعيد الهمداني، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس عن ابن شهاب، قال: أخبرني أبو أمامة بن سهل أنه أخبره بعض أصحاب النبي ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى، فعاد جلده على عظم، فنخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها، فوقع عليها فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك، وقال استفتوا لي رسول الله ﷺ فأنى قد وقعت على جارية نخلت عليّ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا ما

(٢) راجع أحكام القرآن للكريم لابن العربي ج ٤ ص ١٦٥٢ وما بعدها.

رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذى هو به، لو حملناه إليك لتفست عظامه، ما هو إلا جلد على عظم فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة (١) .

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ أمر من زنى وكان مريضاً أن يضرب بعنكال فيه مائة شمراخ ضربة واحدة، ولولا أنه جائز ما فعله النبى ﷺ (٢) .

أجيب عن ذلك:

بأن كلامنا فى الصحيح الذى يطبق الحد، والحديث فى المريض الزانى، وهذا يقام عليه الحد بكيفية لا تؤدى إلى هلاكه غالباً، فافترقا، فالحديث لا دلالة فيه على ما تدعون.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن من حلف: ليضربن زيداً أو امرأته مائة جلدة، فضرب بالعنكال ونحوه، فإنه لا يبر فى يمينه ويحنت، بالكتاب والمعقول هاك بيان هذه الأدلة.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلى:

١- قوله تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً" (٣) .

(١) هذا الحديث رواه أبو داود فى سننه من طريق سهل بن حنيف: لجمع من أبى داود ج٤ ص ١٦١ كتاب الحدود باب فى إقامة الحد على المريض حديث رقم ٤٤٧٢ .

(٢) راجع أدلة هذا المذهب فى المذهب ج٢ ص ١٣٨ وما بعدها، الفتاوى الهندية ٢ ص ٢٨٨ حلية للعلماء ج٢ ص ٢٨٠، تفسير القرطبي ج٢ ص ٢١٤، أحكام القرآن

للكرام لابن العربى ج٤ ص ١٦٥٢ .

(٣) سورة المائدة الآية ٤٨ .

وجه الدلالة:

إن الله تعالى جعل لكل نبي شريعة، وإن ما ورد على لسان أيوب عليه السلام وامراته منسوخ بشريعتنا.
وفى هذا المعنى يقول ابن حزم: أما نحن فلا نحتج بشريعة غير شريعتنا^(١).
أجيب عن ذلك:

بأنكم تقولون: بأن شرع من قبلنا شرع لنا، وقد قصه الله تعالى لنا في كتابه العزيز، فلماذا انفردتم في هذه المسألة؟
يقول ابن العربي: وإنما انفرد مالك في هذه المسألة عن قصة أيوب هذه لا عن شريعته لتأويل بديع، وهو أن مجرى الإيمان عند مالك في سبيل النية والقصد أولى، لأنها أصل الشريعة وعماد الأعمال وعيار التكليف^(٢).
ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:
١- إن معنى يمينه: أن يضربه عشر ضربات، أو مائة ضربة، أو جلدة، ولم يضربه إلا ضربة واحدة، فلم يبر في يمينه ويحنث، كما لو حلف ليضربنه عشر مرات بسوط، والدليل على هذا أنه لو ضربه عشر مرات بسوط واحد يبر في يمينه بلا خلاف^(٣).
هذا: وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول، أرى ترجيح مذهب الجمهور القائل بأنه يبر في يمينه ولا يحنث لقوة أدلته.

(١) راجع المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١٧٥.

(٢) راجع أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج ٤ ص ١٦٥٢ وما بعدها.

(٣) راجع للشرح الصغير ج ٢ ص ٢٣٥، للقوانين الفقهية ص ١٦٤، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤١٣ وما بعدها، تفسير القرطبي ج ٧ ص ٢١٣، المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١٧٥، تفريج القروح على الأصول للإسنوي ص ٤٤١.

المسألة الرابعة

في "ضمان ما تفسده المواشى والدواب المرسلّة"

اختلف العلماء في ضمان ما أفسدته المواشى والدواب المرسلّة، وسبب اختلافهم، الأخذ بشرع من قبلنا، فمن رأى أن شرع من قبلنا شرع لنا قال بالضمان، ومن قال ليس شرعاً لنا قال بعدم الضمان.

ويلاحظ هنا في هذه المسألة أن الإمام الشافعي قد خالف مذهبه في عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بالضمان، مستدلاً عليه بشرع من قبلنا، وأن الإمام أنا حنيفة أيضاً قد خالف مذهبه في الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بعدم الضمان، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

المذهب الأول:

وعليه الشافعي، ومالك - رضى الله عنهما -، وأكثر فقهاء الحجاز، والإمام أحمد، والهادوية وغيرهم، وهم يرون أن الدابة إذا اتلفت شيئاً ليلاً فإن على صاحبها الضمان، وذلك لتعديده بإهمالها، وما أتلفته نهاراً لا ضمان على صاحبها، لإهمال المتعدي عليه في حفظ ما تحت يده، إذ الواجب عليه أن يحفظ ما تحت يده ويرعاه نهاراً. غير أن المالكية يقيّدون ذلك بما إذا سرحت في مسارحها المعتادة للرعى، وأما إذا كانت في أرض مزروعة لا مسرح فيها، فإنهم يضمنون ليلاً ونهاراً^(١).

(١) راجع بدلية للمجتهد ج ٢ ص ٣٢٣ وما بعدها، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥٤، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ج ٢ ص ٢٦٤.

المذهب الثقي:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه، وهم يرون أنه لا ضمان على أصحابها أصلاً: وفي هذا يقول صاحب الهداية: لو انقلبت الدابة فأصابت مالا أو آدمياً ليلاً أو نهاراً، لا ضمان على صاحبها. وذكر الطحاوي أن مذهب أبي حنيفة أنه لا ضمان إذا أرسلها مع حافظ، وأما إذا أرسلها من دون حافظ فإنه يضمن^(١).

المذهب الثالث:

وعليه الليث بن سعد، وهو يرى أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته، ليلاً كان ذلك أو نهاراً لكن بالأقل من قيمة الماشية^(٢).

الألفية

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يأتي:

١- قوله تعالى "وداود وسليمان إذ يحكمان إذ الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين^(٣)".

(١) راجع بدائع الصنائع ج٩ ص ٤٤٩١، الهداية ج٨ ص ٣٥١، بلوغ المراد ج٣ ص ٢٦٤.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ج٥ ص ٤٥٤، بدلية المجتهد ج٢ ص ٣٢٣ وما بعدها.

(٣) سورة الأنبياء الآية ٧٨.

وجه الدلالة:

إن النفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل، وعلى هذا فإن الضمان يكون واجباً على صاحب الدابة في ما أتلفته ليلاً، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أننا مخاطبون بشرع من قبلنا. ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يأتي:

١- ما روى عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه، ف قضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشى ضامن على أهلها (١).

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث أفاد أن العادة من أصحاب المواشى إرسالها في النهار للرعى، وحفظها ليلاً، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل، فإذا ذهبت ليلاً، كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلقت نهاراً، كان التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم، وقد فرق النبي ﷺ بينهما، وأن على كل إنسان الحفظ في وقت عادته (٢).

استدل أصحاب المذهب الثاني، وهم الحنفية على ما ذهبوا إليه بالسنة، هاك بيان هذا الدليل:

(١) هذا الحديث رواه أبو داود في سننه والسنعا في سبله من طريق البراء بن عازب راجع من أبي داود ج٣ ص ٢٩٨ كتاب البيوع باب المواشى تصد زرع قوم حديث رقم ٣٥٧٠، سبل ج٣ ص ٢٦٤ وقال ابن حجر رواه الأربعة إلا الترمذي وصححه ابن حبان وقال الشافعي أخذنا به لثبوته واتصاله ومعرفة رجاله (راجع شرح بلوغ المرام ج٣ ص ٢٦٤).

(٢) راجع أدلة هذا المذهب في بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٤، المعنى لابن قدامة ج٥ ص ٤٥٤، شرح بلوغ المرام ج٣ ص ٢٦٤.

١- قوله ﷺ "العجماء جرحها جبار" (١).

وجه الدلالة:

أن فعل العجماء هدر، لعدم إدراكها، فلا ضمان على ما أتلفت المواشي ليلاً، كما لا يضمن صاحبها نهاراً، كما لو أتلفت غير الزرع (٢).

استدل أصحاب المذهب الثالث على مذهبهم بالمعقول، هاك

بيان هذا الدليل:

١- إن الضمان واجب على المتعدي، وعلى هذا فصاحب الماشية يضمن ما أتلفته دأبته لإرسالها وعدم الاهتمام بقيدها (٣).

هذا وبعد ذكر أقوال العلماء وأدلة كل فريق، نرى أن الراجح هو المذهب الأول القائل بالضمان ليلاً، لأن الواجب على رب الزرع حفظه نهاراً، كما يجب على رب الماشية حفظها ليلاً وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة أصحاب المذهبين الآخرين.

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجه في سننه من طريق أبي هريرة راجع سنن ابن ماجه ج٢ ص ٨٥١ كتاب الديات باب الجبار.

(٢) راجع دليل المذهب الثاني في الهداية ج٨ ص ٣٥١، بدقق المنتقى ج٩ ص ٤٤٩١، شرح بلوغ المرام ج٣ ص ٢٦٤.

(٣) راجع دليل المذهب الثالث في المنى لابن قدامة ج٥ ص ٤٥٤، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٤ وما بعدها.

المسألة الخامسة

في "جعل المنفعة مهرأ، أو النكاح بالإجارة"

اختلف العلماء في جعل المنفعة مهرأ، أو للنكاح بالإجارة، مثل أن تنكح المرأة للرجل على أن يخييط لها الثوب، ويبنى لها البيت، ويذهب بها إلى البلد، ويعمل لها العمل مثل أن يخدمها سنة أو أكثر، وسبب اختلافهم يرجع إلى:

أ- هل شرع من قبلنا لازم لنا، حتى يدل الدليل على ارتفاعه، أم أن شرع من قبلنا ليس بلازم لنا؟ فمن قال: لازم لنا، أجاز النكاح بالإجارة، أو جعل المنفعة مهرأ، ومن قال ليس بلازم لنا، قال: لا يجوز النكاح بالإجارة أو جعل المنفعة مهرأ.

ب- قياس النكاح على الإجارة، فإن الإجارة مستثناة من بيع الغرر المجهول، فمن أجاز القياس، جوز أن تكون المنفعة مهرأ، ومن لم يجوزه، فإنه قد خالف في ذلك لما في الإجارة من غرر، لأن الأصل في التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها^(١).

والملاحظ هنا في المسألة أن الإمام الشافعي -رضي الله عنه- قد خالف مذهبه في عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بجواز أن تكون المنفعة صداقاً، مستدلاً على ذلك بشرع من قبلنا كما أن الإمام أبا حنيفة قد خالف مذهبه أيضاً في الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بعدم جواز أن تكون المنفعة صداقاً، ولم يأخذ بشرع من

(١) راجع بدلية المجتهد ج ٢ ص ٢١ وما بعدها.

قبلنا في هذه المسألة، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب، هاك بيانها وأدلة كل مذهب والراجع منها:

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي، والإمام أحمد، وبعض المالكية، وبعض الحنفية، وهم يرون جواز أن تكون منفعة الحر صداقاً، كالخياطة والبناء وتعليم القرآن.

يقول ابن قدامة: كل ما جاز ثمناً في البيع، أو أجرة في الإجارة من العين والدين، والحال والمؤجل، والقليل والكثير، ومنافع الحر والعبد، وغيرهما جاز أن يكون صداقاً.

وقال الشافعي: الصداق ثمن من الأثمان، فكل ما يصلح أن يكون ثمناً يصلح أن يكون صداقاً، وذلك مثل أن تتكح المرأة الرجل على أن يخطب لها الثوب، أو يبنى لها البيت، أو يخدمها مدة معينة^(١).

المذهب الثاني:

وعليه جمهور الحنفية، وهم يرون جواز أن تكون المنفعة مهراً إذا لم تكن هذه المنفعة خدمة الحر لزوجها، أو مما يستحق عليها الأجر كتعليم القرآن، فلو تزوجها على شيء من ذلك وجب لها مهر المثل^(٢).

(١) راجع هذا المذهب في المغني لابن قدامة ج٧ ص ٢١٢، الأم للشافعي ج٥ ص ١٦١ وما بعدها، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو الكارم ص ٣٤٢ وما بعدها، بدائع الصنائع ج٣ ص ١٠٢.

(٢) راجع هذا المذهب في فتح القدير ج٣ ص ١٩٦، بدائع الصنائع ج٣ ص ١٠٢، حاشية ابن عابدين ج٣ ص ١٠٦ وما بعدها، الهدية وشروحها ج٢ ص ٤٥٠، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٣.

المذهب الثالث:

وعليه الإمام مالك - رضى الله عنه - وأبو بكر الرازى، وغيرهما، وهم يرون المنع من جعل المنفعة صداقاً^(١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بجواز أن تكون المنفعة صداقاً، بالكتاب والسنة والمعقول هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يأتى:

١- قوله تعالى على لسان شعيب لموسى -عليهما السلام- قال
إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى
حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن أشق عليك
ستجدنى إن شاء الله من الصالحين^(٢).

وجه الدلالة:

أن شعيباً - عليه السلام - جعل مهر المنكوحة من بناته قيام
موسى - عليه السلام - بالعمل عنده مدة ثمانية أعوام، فيجوز أن
تكون المنفعة مهراً، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها فى الإجارة،
فجازت صداقاً، كمنفعة العبد.

(١) راجع هذا للمذهب فى بذلية للمجتهد ج٢ ص ٢١، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٢.

(٢) سورة القصص الآية ٢٧.

وفى هذا المعنى يقول الإمام الشافعى: فإن قال قائل: ما دل على هذا؟ قيل: كان المهر ثمناً كان فى معنى هذا، وقد أجاز الله عز وجل الإجارة فى كتابه العزيز، وأجازها للمسلمون.

قال تعالى: "فإن أرضعن لكم فلتوهن أجورهن"^(١)، وقال تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"^(٢)، ونكر قصة شعيب وموسى - عليهما السلام - فى النكاح فقال: "قلت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج"^(٣)، وقال: "فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا"^(٤)، وقال: لا أحفظ أحد خلافاً فى أن ما جازت عليه الإجارة جاز أن يكون مهراً، فمن نكح بأن يعمل عملاً، فعمله كله، فمن طلق قبل الدخول، رجع بنصف قيمة العمل، فإن فات المعمول بأن يكون ثوباً فهلك، كان للمرأة نصف أجر خياطة الثوب"^(٥).

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يأتى:

(١) سورة الطلاق الآية ٦.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

(٣) سورة القصص الآية ٢٦، وجزء من الآية ٢٧ من نفس السورة.

(٤) سورة القصص الآية ٢٩.

(٥) راجع الأم للشافعى ج ٥ ص ١٦١ ومبطلها.

١- ما رواه الدارقطني أن رسول الله ﷺ قال "أنكحوا الأيامي وأدوا العلائق، قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضياً من أراك"^(١).

وجه الدلالة:

فإن هذا الحديث أفاد جواز أن تكون المنافع صداقاً إذا تراضى عليها الأهلون.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يأتي:

١- قياس المنفعة مهراً على الإجارة، فكما تجوز الإجارة على منفعة، فكذا يجوز أن تكون المنفعة صداقاً، لأن لها مقابلاً^(٢).

استدل أصحاب المذهب الثاني وهم الحنفية على مذهبهم بالمعقول، هاك بيانه:

١- استدلوا على الجواز إذا لم تكن المنفعة خدمة الحر لزوجته، أو مما يستحق عليه الأجر بما استدل به للمجوزون، وهو أن شرع من قبلنا شرع لنا وبيان ذلك: صحة الزواج على أن يخدم سيدها أو وليها، كقصة شعيب وموسى -عليهما السلام- فقد زوج موسى أبنته على أن يرعى له غنمه ثمانى

(١) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه من طريق ابن عباس رضى الله عنهما وفي التعليق المغنى هذا الحديث معلول بمحمد بن عبد الرحمن وقال البخارى منكر ورواه أبو داود في المراسيل. راجع سنن الدارقطني مع التعليق المغنى ج٣ ص ٢٤٤.

(٢) راجع هذا المذهب في الأم للشافعى ج٥ ص ١٦١ وما بعدها، المغنى لابن قدامة ج٧ ص ٢١٢، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٣، الأذلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٤٢ وما بعدها.

سنين، وقد قصه الله تعالى في قوله "إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج"^(١) من غير إنكار فكان شرعاً لنا.

٢- وليلهم في المواطن التي منعوا فيها، وهي خدمة الحر لزوجته، أن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح، لما في ذلك من قلب الموضوع، إذ أن عقد النكاح يقتضى أن تكون الزوجة خادمة والزوج مخدوماً، وفي جعل خدمة الزوج مهراً لها كون الرجل خادماً والمرأة مخدومة، فإذا تزوجها وقد سمي ما لا يصلح أن يكون مهراً، صح العقد ووجب مهر المثل.

وأما منعهم فيما لو كانت المنفعة تعليم القرآن، فحجتهم في ذلك هي أن المسمى ليس بمال، والمشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال، لقوله تعالى "أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين"^(٢).

وتعليم القرآن وغيره من القربات ليس بمال، لأن هذه الأشياء لا يجوز أخذ الأجرة عليها، وعلى هذا فإنه يجب لمن سمي لها مثل هذه الأشياء مهراً مهر المثل^(٣).

(١) سورة القصص الآية ٢٧.

(٢) سورة النساء الآية ٢٤.

(٣) راجع دليل المذهب للثاني في الهدية وشروحها ج٢ ص ٤٥٠ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ج٣ ص ١٠٦ وما بعدها، بدائع الصنائع ج٣ ص ١٠٢، فتح القدير ج٣ ص ١٩٦، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٣.

استدل أصحاب المذهب الثالث، وهم القائلون بالمنع من جعل المنفعة صداقاً بالمعقول هـك بيانه:

١- إن في الإجارة غرراً وجهالة، لأن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة، ولا مقدرة بنفسها.

وقال أبو بكر الرازي مستدلاً على مذهبه: إن الإجارة عقد مؤقت، والنكاح عقد مؤبد، فهما متنافيان^(١).

هذا: وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول، يتضح لنا أن الرأي الراجح هو القائل بجعل المنفعة أجراً وصداقاً، لقوة أدلته وسلامتها عن المعارض.

(١) راجع دليل المذهب الثالث في بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١، تفسير القرطبي جـ ١٣ ص ٢٧٣.

المسألة السادسة

في "ألفاظ النكاح

اتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد بلفظ النكاح، وكذلك بلفظ التزويج، كأن يقول الولي أو الأب لمن يريد الزواج: أنكحتك، أو زوجتك، واختلفوا في انعقاد النكاح بلفظ الهبة والبيع والصدقة.

وسبب اختلافهم: هل عقد النكاح يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ؟ فمن أحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال: لا نكاح ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج. ومن قال: إن اللفظ ليس من شرطه أجاز النكاح بأي لفظ اتفق عليه إذا فهم للمعنى الشرعي.

والملاحظ في هذه المسألة أن جمهور الشافعية قد خالفوا مذهبهم في عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح أو التزويج، مستندين في ذلك إلى شرع من قبلنا، مع العلم بأنهم لا يرونه حجة.

وكذلك خالف المالكية، والحنفية مذهبهم في الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا: ينعقد النكاح بلفظ الهبة والبيع والصدقة، غير مستندين في ذلك إلى شرع من قبلنا، مع العلم بأنهم قالوا: إنه حجة.

وها نحن نذكر مذاهب العلماء وأئمة كل فريق والراجع من هذه المذاهب، وقد حصرت خلاف العلماء في هذه المسألة في مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الشافعية والحنابلة، وهو مروى عن سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهرى، وربيعه، وأبى ثور، وأبى عبيدة، ودلود وغيرهم، وهم يرون أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج، ولا يجوز بأى لفظ سواهما^(١).

المذهب الثانى:

وعليه الإمام مالك، والإمام أبو حنيفة وأصحابه، وهو مروى عن الثورى، والحسن بن صالح، وأبى ثور وغيرهم، وهم يرون انعقاد النكاح بلفظ البيع والصدقة والهبة.

يقول القرطبى نقلاً عن المالكية، وهو منهم: وقال علماؤنا فى المشهور: إن النكاح ينعقد بكل لفظ.

وقال الحنفية: ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك على التأييد^(٢).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بأنه لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح والتزويج بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

(١) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح المذهب جـ ١٦ ص ٢٠٩، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٨ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ ١٣ ص ٢٧٢، أحكام القرآن للكریم لابن العربى جـ ٣ ص ١٤٦٨.

(٢) راجع هذا المذهب فى المراجع السابقة، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤، شرح فتح القدير جـ ٣ ص ١٩٣ وما بعدها.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى حكاية عن شعيب- عليه السلام- "إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج^(١)".

وجه الدلالة:

إن سيدنا شعيباً عندما أراد أن يزوج سيدنا موسى- عليهما السلام- ابنته ذكر له اللفظ الذى يتم به العقد، وهو النكاح، أو ما فى معناه وهو التزويج، فلا ينعقد إلا بلفظي النكاح والتزويج.

أجيب عن ذلك:

بأنه لا حجة فى الآية على ما ذهبتم إليه، لأن هذا شرع من قبلنا، وأنتم لا ترونه حجة فى شئ، كما أن الآية فيها أن النكاح بلفظ الإنكاح وقع، وامتناعه بغير لفظ النكاح لا يؤخذ من هذه الآية ولا يقتضيه بظاهرها، ولا يظهر منها، ولكن النبى ﷺ قال فى المرأة التى وهبت نفسها له، وزوجها من الصحابي الذى سألها الزواج منها "قد ملكتها بما معك من القرآن وفى رواية زوجتكها وأنكحتكها وأمناكها"^(٢).

(١) سورة القصص الآية ٢٧.

(٢) هذا للحديث أخرجه مسلم فى صحيحه من طريق سهل بن سعد الساعدى راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج٣ ص ٥٨٤ باب للصدق وجواز كون تعليم القرآن وخاتم من حديث، رواه أبو داود فى سننه والدارقطنى من نفس الطريق. راجع سنن أبى داود ج١ ص ٥٢٩ كتاب النكاح باب فى التزويج على العمل بعمل، سنن الدارقطنى ج٣ ص ٩٧.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- قوله ﷺ "استحلتم فروجهن بكلمة الله"^(١).

وجه الدلالة:

أن المراد بكلمة الله في الحديث يعنى القرآن، وليس في القرآن عقد النكاح بلفظ الهبة، وإنما فيه التزويج والنكاح، وفي إجازة النكاح بلفظ الهبة يطال بعض خصوصية النبي ﷺ في قوله تعالى "خالصة لك من دون المؤمنين"^(٢)، فنكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ، ولأن لفظ الهبة ينعقد به غير النكاح، فلم ينعقد به النكاح، كلفظ الإجارة والإباحة، ولأنه ليس بصريح في النكاح، فلا ينعقد به.

ثالثاً: دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب من الإجماع بمايلي:

١- إن لفظي الإنكاح والتزويج هما اللذان انعقد عليهما الإجماع، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب العزيز في قوله تعالى "قلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها"^(٣)، وقوله تعالى "ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء"^(٤)، وسواء اتفقا من الجانبين، أو اختلفا مثل أن يقول: زوجتك بنتي هذه فيقول: قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج.

(١) هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه وابن ماجه في سننه من طريق جابر بن عبد الله من حديث مطول: راجع صحيح مسلم بشرح التنوير ج٣ ص ٣٤٤ باب حجة النبي - صلى الله عليه وسلم -، سنن ابن ماجه ج٢ ص ١٠٢٥.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٥٠.

(٣) سورة الأحزاب الآية ٣٧.

(٤) سورة النساء الآية ٢٢.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- أن النكاح لا يجوز إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، ولا يجوز بأى لفظ سواهما بناءً على انتفاء ما يجوز التجوز، أما إجمالاً فإنه لو صح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر، فكان يقال: أنكحتك هذا الثوب مراداً به ملكتك، كما يقال: ملكتك نفسى أو بنتى، مراداً به أنكحتك، وليس كذلك.

وأما تفصيلاً فلأن التزويج هو التلقيق وضعاً، والنكاح للضم، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة، ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر^(١).

أجيب عن ذلك:

بأن هناك مناسبة بين المالك والمملوكة، لأن التملك سبب لملك المتعة فى محلها، يعنى أن تملك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة، لإفضائه إليه، وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز^(٢).

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهـم لقائل بأن النكاح ينعقد بلفظ البيع والصدقة والهبة كما ينعقد بلفظى النكاح والتزويج، بالكتاب والسنة والمعقول هاك بيان هذه الأدلة.

(١) راجع أدلة هذا المذهب فى المعنى لابن قدامة جـ٧ ص ٧٨ وما بعدها، المجموع شرح للمذهب جـ١٦ ص ٢٠٩، تفسير القرطبى جـ١٣ ص ٢٧٢ وما بعدها، أحكام القرآن للكریم لابن العربى جـ٣ ص ١٤٦٨.

(٢) راجع هذا الجواب فى شرح فتح القدير جـ٢ ص ١٩٣ وما بعدها.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى "وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين" ^(١).

وجه الدلالة:

أن النكاح بلفظ الهبة قد ورد في القرآن الكريم، وأجازه الله تعالى لرسوله، وإذا كان ذلك جائزاً للرسول ﷺ جاز لأمته، لأننا مقتدون به، فجاز النكاح بلفظ الهبة.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الآية دلت على أن النكاح بلفظ الهبة من خصائص النبي ﷺ، ولا يشاركه فيه أحد من أمته، دل على ذلك قوله تعالى "خالصة لك من دون المؤمنين"، فنكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ دون أمته، وفي إجازة النكاح بلفظ الهبة إبطال لبعض خصوصية النبي ﷺ.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- بما روى عن النبي ﷺ أنه زوج رجلاً امرأة فقال "قد ملكتها بما معك من القرآن" ^(٢).

(١) سورة الأحزاب الآية ٥٠.

(٢) سبق تخريج الحديث في ص ١١٧ من البحث.

وجه الدلالة:

أن النكاح بلفظ التملك قد زوج به النبي ﷺ الرجل الذي لا يملك مهرأً، ولو لم يكن جائزاً لما فعله النبي ﷺ لكنه فعله، فدل على جوازه.

أجيب عن ذلك:

بأن الخبر روى بقوله ﷺ "زوجتكمها- وأنكحتكمها وزوجناكمها بما معك من القرآن"^(١) من طرق صحيحة، والقصة واحدة، والظاهر أن الراوى روى بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد، فلا تكون حجة، وإن كان النبي ﷺ جمع بين الألفاظ، فلا حجة لهم فيه، لأن النكاح انعقد بأحدها، والباقي فضله، ويتقدير صحة الرواية، فهي معارضة برواية الجمهور السابقة.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

١- إن انعقاد النكاح بلفظ الهبة والتمليك والصدقة يجوز بطريق المجاز، فإن المجاز كما يجرى فى الألفاظ اللغوية يجرى فى الألفاظ الشرعية بلا خلاف.

أجيب عن ذلك:

بانتفاء ما يجوز التجوز به، وقد سبق بيان ذلك فى دليل أصحاب المذهب الأول^(٢).

(١) سبق تخريج الحديث فى ص ١١٧ من البحث.

(٢) راجع دليل هذا المذهب وما أجيب به فى بدلية للمجتهد ج٢ ص ٤، شرح فتح القدير ج٣ ص ١٩٣ وما بعدها، المغنى لابن قدامة ج٧ ص ٧٨، المجموع شرح المهذب ج١٦ ص ٢٠٩، أحكام القرآن للكریم لابن العربی ج٣ ص ١٤٦٨، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٢ وما بعدها.

هذا: وبعد عرض أقوال العلماء في هذه المسألة وأدلة كل فريق، يتبين لى أن الراجح انعقاد النكاح بلفظ الهبة والتمليك وغيرها، لأن العبرة فى العقود للمعانى، لا للألفاظ والمباني، ولقوة أدلة من قال بانعقاد النكاح بلفظ الهبة والتمليك وضعف أدلة المخالفين لهم وقد سبق ذلك فى ذك أدلتهم.

المسألة السابعة

فى "وجوب الإشهاد فى النكاح"

اختلف العلماء فى وجوب الإشهاد فى عقد النكاح، وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم حول معنى قوله تعالى فى قصة موسى وشعيب- عليهما السلام- قال تعالى "والله على ما نقول وكيل"^(١)، فاكتفى الصالحان صلوات الله عليهما فى الإشهاد بالله تعالى، ولم يشهدا أحداً من الخلق، وهذا شرع من قبلنا، وقد خالف الحنفية مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بوجوب الإشهاد فى النكاح، وتمسك بهذه الآية بعض العلماء، وقالوا بجواز النكاح بغير شهود.

وها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل فريق، وقد وجدت انحصار الخلاف بينهم فى مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الشافعى، وأبو حنيفة، والإمام أحمد فى إحدى روايتيه، وهو مروى عن عمر، وعلى، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والحسن، والنخعى، والثورى، والأوزاعى وغيرهم، وهم يرون أن نكاح المسلمين لا ينعقد إلا بحضور شاهدين، أى وجوب الإشهاد فى عقد النكاح، فلا يصح عقد النكاح بلا شهادة اثنين غير الولي^(٢).

(١) سورة القصص الآية ٢٨.

(٢) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح للمذهب ج١٦ ص ١٩٨، شرح فتح القدير ج٣ ص ١٩٩، المغنى لابن قدامة ج٧ ص ٨ وما بعدها، تفسير القرطبى ج٣ ص ٧٩، أحكام القرآن للكرام لابن العربى ج٣ ص ١٤٨.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أحمد في الرواية الأخرى عنه، وهو مروي عن أبي ثور، وابن المنذر، ولزهرى، وابن عمر، والحسن بن علي، وابن الزبير، وعبد الرحمن بن مهدي، ويزيد بن هارون، وهم يرون جواز النكاح بدون شهود، وعند الإمام مالك إذا أعلنوه، أي أعلنوا النكاح، إذ المراد من الشهود الإعلان، وأنكر بعض العلماء نقل هذا عن مالك، ومنهم من قال: أجاز الإمام مالك للعقد بدون شهود، ثم يشهدان قبل الدخول.

وقال أبو ثور وجماعة: ليس للشهود من شرط النكاح، لا شرط صحة ولا شرط تمام، وقال الشيعة الإمامية: يستحب الإعلان والإظهار في النكاح الدائم، والإشهاد ليس شرطاً في صحة العقد عند علمائنا أجمع^(١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بوجوب الإشهاد في النكاح بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:
أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما روى عن السيدة عائشة- رضي الله عنها- قالت: قال النبي ﷺ "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"^(٢).

(١) راجع هذا المذهب في الشرح الكبير مع حاشية الصوقي ج٢ ص ٢١١ وما بعدها، شرح الموطأ للزرقاني ج٢ ص ٣٤، للمغني لابن قدامة ج٧ ص ٨ وما بعدها، بداية المجتهد ج٢ ص ١٧، المجموع شرح المذهب ج١٦ ص ١٩٨، المختصر للنافع في فقه الإمامية ص ١٩٤ ط وزارة الأوقاف، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج٢ ص ٧ وما بعدها، تفسير القرطبي ج٣ ص ٧٩، أحكام القرآن الكريم لابن العربي ج٣ ص ١٤٨ وما بعدها.

(٢) هذا الحديث رواه الترمذي في سننه، ج٣ ص ٣٩٨ والحاكم في المستدرک، ج٣ ص ١٢٩ وأبو داود في سننه، ج٢ ص ٢٢٩ وابن ملجى في سننه ج١ ص ٦٠٥ رقم ١٨٨١ باب لا نكاح إلا بولي.

وروى الدارقطني عن عائشة- رضى الله عنها- حديثاً
 "لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج، والشاهدين^(١)".
 وقد زوى الترمذى عن ابن عباس- رضى الله عنهما-
 قوله ﷺ: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة أى
 شهود^(٢)".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ فى الحديث الأول نفى النكاح بغير ولى
 وشاهد عدل، وفى الحديث الثانى اشترط فى النكاح الشاهدين،
 وفى الحديث الثالث بين أن البغايا اللاتي ينكحن بغير شهود، فى
 هذه الأحاديث دلالة واضحة على أن النكاح لا ينعقد بغير شهود.
 وفى هذا المعنى يقول صاحب فتح القدير ما نصه: لا ينعقد
 نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين،
 أو رجل وامرأتين، عدولاً كانوا أو غير عدول أما اشتراط الشهادة
 فلقوله عليه السلام "لا نكاح إلا بشهود^(٣)".

(١) هذا الحديث رواه الدارقطني فى سننه من طريق عائشة رضى الله عنها راجع سنن
 الدارقطني ج٣ ص ٢٢٥ ط دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.
 (٢) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه من طريق ابن عباس رضى الله عنهما راجع
 سنن الترمذى ج٣ ص ٤٠٢ كتاب النكاح باب لا نكاح إلا ببينة.
 (٣) سبق تخريج الحديث.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن في الشهادة على الزواج حفاظاً على حقوق الزوجية والولد، لئلا يحجده أبوه فيضيع نسبه، وفيها درء للتهمة عن الزوجين، وبيان خطورة الزواج وأهميته^(١).

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبه بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:

١- قوله تعالى حكاية عن سيدنا شعيب وموسى - عليهما السلام-
قال ذلك بيني وبينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان علي والله
علي ما نقول وكيل".

وجه الدلالة:

أن سيدنا شعيباً زوج سيدنا موسى - عليهما السلام - ابنته،
ولم يشهدا أحداً من الخلق، وإنما اكتفى الصالحان - عليهما
السلام - في الإشهاد عليهما بالله تعالى، ولو لم يكن جازاً ما
فعلاه، فدل ذلك على جواز النكاح بغير شهود، يؤيد ذلك ما روى
عن أبي هريرة أن رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل
أن يسلفه ألف دينار، فقال: انتنى بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى
بالله شهيداً، فقال: انتنى بكفيل، فقال: كفى بالله وكفلاً، قال:
صدقت فدفعها إليه^(٢).

(١) راجع أدلة للمذهب الأول في شرح فتح القدير ج٣ ص ١٩٩ وما بعدها، المجموع
شرح للمذهب ج١٦ ص ١٩٨، المعنى لابن قدامة ج٧ ص ٨ وما بعدها، تفسير القرطبي
ج٣ ص ٧٩، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٤٨٠.

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه عن طريق أبي هريرة رضي الله عنه
راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٥ ص ٨١ ط دار الريان للتراث بالقاهرة
حديث رقم ٢٤٠٤ كتاب الاستقراض باب إذا أقرضه إلى أجل مسمى.

أجيب عن ذلك:

لا نسلم أن سيدنا موسى وشعبيًّا- عليهما السلام- لم يشهدا على عقد الزواج، بل أشهدا الله تعالى على ما قالوا، وشهادة الله تعالى أكبر شهادة، قال تعالى قل أي شيء أكبر شهادة قل الله شهيد بيني وبينكم^(١) " وقال تعالى "كفى بالله شهيدا بيننا وبينكم"^(٢) وإن سلم ذلك، فمحمول على أن الزواج بغير شهود من خصائص الأنبياء، أو أن ذلك كان جائزاً في شرعهم، ثم نسخ بشرعنا، فكان الزواج بدون شهود غير جائز في شرعنا.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما روى عن عامر بن عبدالله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال "أعلنوا النكاح"^(٣) " وروى عن عائشة- رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ "أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف"^(٤) .

وجه الدلالة:

فقد دل الحديثان على الأمر بإعلان النكاح، والإعلان خلاف الإسرار، وعلى الأمر بضرب الدف، والأحاديث فيه

(١) سورة الأنعام من الآية ١٩.

(٢) سورة يونس من الآية ٢٩.

(٣) هذا الحديث رواه الترمذي في سننه وابن ماجه من طريق عائشة رضي الله عنها راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٣٨٩ كتاب النكاح باب إعلان النكاح وقال غريب حسن، سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦١١ كتاب النكاح باب إعلان النكاح ثم علق عليه ابن ماجه بقوله وفي إسناده خالد بن إلياس اتفقوا على ضعفه.

(٤) هذا الحديث سبق تخريجه.

واسعة، وإن كان في كل منها مقال، إلا أنها يعضد بعضها بعضاً، ويدلان أيضاً على شرعية ضرب الدف لأنه أبلغ في الإعلان من عدمه، فقد دل هذا على وجوب الإعلان دون الإشهاد.
أجيب عن ذلك:

سلمنا لكم أن الإعلان خلاف الإسرار، لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان، فأما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية، لا نكاح سر، إذ السر إذا جاوز اثنين خرج عن أن يكون سرّاً، وقوله ﷺ "أعلنوا النكاح"، لأنهما إذا أحضراه شاهدين فقد أعلناه، والدف ندب إلى زيادة إعلانه فالحديثان لا دلالة لكم فيهما على ما ذهبتم إليه (١) .

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

١- إن البيوع التي ذكر الله تعالى فيها الإشهاد عند العقد، وقد قامت الدلائل بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، والنكاح الذي لم يذكر الله تعالى فيه الإشهاد أخرى بالآ يكون الإشهاد من شروطه وفرائضه، وإنما الفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب، والإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي، والاختلاف فيما ينعقد بين المتأكحين (٢) .

(١) راجع بدائع الصنائع ج٣ ص ١٣٧٩ وما بعدها.

(٢) راجع دليل هذا المذهب في المعنى لابن قدامة ج٧ ص ٨ وما بعدها، بداية المجتهد ج٢ ص ١٧، للشرح الكبير مع حاشية النسوتي ج٢ ص ٢١١ وما بعدها، شرح الموطأ ج٤ ص ٣٤، المختصر للنافع في فقه الإمامية ص ١٩٤، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج٧ ص ٧ وما بعدها، تفسير القرطبي ج٣ ص ٧٩ وما بعدها.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، لأن النكاح يخالف البيع، لأن القصد من البيع هو المال، والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد، ومبناهما على الاحتياط، بخلاف البيع فاقترباً^(١).

هذا، وبعد عرض مذاهب العلماء وأدلة كل فريق، يتبين لنا أن الإمام مالكاً قال بإشتراط الشهود في النكاح، وإن كان لا يشترط في بداية العقد، ولكن عند الدخول، وبذلك يكون الإمام مالك مع الجمهور، أما من قالوا بأن الشهود لا يشترطون في النكاح مطلقاً، فقولهم باطل ولا يعول عليه، لأن أحاديث الإسهاد على الزواج مشهورة، فيصح أن يقيد بها مطلق الكتاب.

(١) راجع بدفع الصنيع ج ٣ ص ١٣٧٩ وما بعدها.

المسألة الثامنة

في "حكم من فعل فعل قوم لوط

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط، وقد نزه الله تعالى في كتابه العزيز فقال تعالى "ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين: إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون(١)"، ونزه رسول الله ﷺ وعاب عن فعله، فقال: "لعن الله من عمل عمل قوم لوط ثلاثة(٢)".

ومن هنا اختلف العلماء فيما يجب على من فعل فعل قوم لوط بعد إجماعهم على تحريمه، وسبب اختلافهم: اختلافهم في شرع من قبلنا، فمن أخذ بشرائع الأنبياء السابقين قال يرجم من فعل فعل قوم لوط، ومن لم يأخذ بشرع من قبلنا قال بعدم الرجم، وهنا نجد أن الحنفية قد خالفوا مذهبهم في الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا من فعل فعل قوم لوط لا يرجم، بل يعزر.

وها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل فريق مع بيان الراجح منها، والخلاف هنا ينحصر في ثلاثة مذاهب، هاك بيانها:

(١) الآيتان ٨٠، ٨١ من سورة الأعراف

(٢) هذا الحديث رواه الترمذي في سننه من طريق ابن عباس، وقال عنه إنما يعرف هذا الحديث من هذا الوجه: راجع سنن الترمذي ج٢ ص ٥٨ كتاب الحدود باب ما جاء في حد اللواط.

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من المالكية، وأحمد في إحدى روايته،
والشافعي في أحد قوليه، وهو مروى عن علي، وابن عباس،
وعبدالله بن عمر، وعطاء، والنخعي، وقتادة، والأوزاعي، وابن
المسيب وأبي ثور، وهم يرون أن من فعل فعل قوم لوط فحده
الرجم محصناً كان أو غير محصن (١).

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة، وابن حزم الظاهري، وغيرهما وهم
يرون أن من فعل فعل قوم لوط يعزر فقط، ولا حد عليه (٢).

المذهب الثالث:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الآخر، والإمام أحمد في
الرواية الأخرى عنه، ومن الحنفية أبو يوسف ومحمد، وغيرهم،
وهم يرون أن حد اللأنت هو حد الزنا، فإن كان اللأنت محصناً
وجب عليه الرجم، وإن كان غير محصن وجب عليه الجلد
والتغريب. غير أن بعض الحنفية يوجبون الحد وهو الرجم إن
كان محصناً، والجلد إن كان غير محصن، لا لأنه زنا، بل لأنه
في معنى الزنا، لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لموجب
الحد، وهو الوطء الحرام على وجه التمحض، فكان في معنى

(١) راجع المذهب الأول في المنتقى على الموطأ ج٧ ص ١٤١ وما بعدها، القوانين
القلبية ص ٣٧٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص ٣١٤، المعنى لابن قدامة
ج٢ ص ٦٠، المذهب ج٢ ص ٢٧٠، تفسير القرطبي ج٧ ص ٢٤٤.
(٢) راجع هذا المذهب في بدائع الصنائع ج٩ ص ٤١٥١، حاشية ابن عابدين ج٤
ص ٢٧، المعلى لابن حزم ج١١ ص ٣٨٠، أحكام القرآن للكريم لابن العربي ج٢
ص ٧٨٦، تفسير القرطبي ج٧ ص ٢٤٤.

الزنا، فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون وروداً ههنا دلالة (١) .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بأن من فعل فعل قوم لوط حده الرجم محصناً كان أم غير محصن، بالكتاب والسنة والأثر والمعقول، هلك بيان هذه الأدلة:
أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى "إنا أرسلنا عليهم حاصباً" (٢)، وقوله تعالى "وأمرنا عليها جارة من سجيل منضود" (٣).

وجه للدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى قد عاقب قوم لوط بالرجم، بأن أرسل عليهم حاصباً، وأمطر عليهم جارة من السماء.

فإن قيل: لا حجة فيه لوجهين:

أحدهما: أن قوم لوط إنما عوقبوا على الكفر والتكذيب كسائر الأمم.

الثاني: إن صغيرهم وكبيرهم دخل فيها، فدل على خروجها من باب الحدود.

(١) راجع المذهب لثالث في المذهب جـ ٢ ص ٢٧٠، المفنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٧٠ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٤١٥١.

(٢) سورة القمر من الآية ٣٤.

(٣) سورة هود من الآية ٨٢.

قيل: أما الأول: فإن الله سبحانه أخبر عنهم أنهم كانوا على معاص، فأخذهم بها منها هذه.

وأما الثاني: فكان منهم فاعل، ومنهم راض، فعوقب الجميع لسكوت الجماهير عليه، وهي حكمة الله وسنته في عباده، وبقي أمر العقوبة على الفاعلين مستمراً.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما روى عن النبي ﷺ أنه قال "من وجنتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"، وعند الترمذي أحصنا أو لم يحصنا، وفي رواية فارجموا الأعلى والأسفل (١).

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ قد أمر بقتل من فعل فعل قوم لوط، ولولا أن عقوبته القتل لما أمر بها النبي ﷺ، لا فرق بين المحصن وغيره في العقوبة هنا.

وقال الإمام مالك بعد ذكره الحديث: لم نزل نسمع من العلماء أنهما يرجمان، أحصنا أو لم يحصنا، والرجم هو العقوبة التي أنزلها الله تعالى بقوم لوط.

ثالثاً: دليلهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلي:

(١) هذا الحديث بجميع رواياته السابقة رواه الترمذي في سننه من طريق ابن عباس ورواه ابن ماجه من طريق أبي هريرة، رجع سنن الترمذي ج٤ ص ٥٧ رقم ١٤٥٦، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٥١١ حديث رقم ٢٥٦١، ٢٥٦٢.

١- ما رواه أبو داود عن ابن عباس- رضى الله عنهما- فى البكر يوجد على اللوطية قال يرمم (١)."

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن الرجم هو العقوبة التى أنزل الله تعالى بقوم لوط، لأن هذا فرج لأنسى، فتعلق الرجم، بالإيلاج فيه، كالقيل، ولأن هذا لا يستباح بوجه، فلذلك تعلق به من التغليظ أشق ما تعلق بالقيل، ولأنه إيلاج لا يسمى زنا، فلم يعتبر فيه الإحصان، كالإيلاج فى البهيمة (٢).

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن من

فعل فعل قوم لوط يعزر ولا حد عليه، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- قوله ﷺ "من وضع حداً فى غير حد فقد تعدى وظلم (٣)".

وجه الدلالة:

بأن من فعل فعل قوم لوط لم يزن، وعقوبة الزانى معلومة، وهى الرجم إن كان محصناً، والجلد إذا كان غير محصن، فلما

(١) هذا الأثر رواه أبو داود فى سننه من طريق ابن عباس، راجع سنن أبى داود جـ ٢ ص ٥١١ كتاب الحدود فىمن عمل عمل قوم لوط.

(٢) راجع أدلة هذا المذهب فى المراجع السابقة عند ذكر هذا المذهب.

(٣) هذا الحديث عزاه القرطبى للحنفية مستدلاً به لهم على مذهبهم ولم يوجد فى كتب الحديث، راجع تفسير القرطبى جـ ٧ ص ٢٤٤.

كانت هذه المعصية غيرها، وجب ألا يشاركها في حدها، ولا يجوز وضع عقوبة في غير حد.

وفى هذا المعنى يقول ابن حزم: إن من فعل فعل قوم لوط لا حد عليه ولا قتل، لأن الله تعالى لم يوجب ذلك ولا رسوله ﷺ، ولكن يعزر.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الفعل مساوٍ للزنا في الاسم، وهي الفاحشة، وهي مشاركة له في المعنى، لأنه معنى محرم شرعاً، مشتهى طبعاً، فجاز أن يتعلق به الحد إذا كان معه إيلاج، وذلك أن الحد للزجر عن الموضع المشتبه، وقد وجد ذلك المعنى كاملاً، بل أكثر حرمة، فكان بالعقوبة أولى وأحرى، فضلاً عن ذلك فإن عقوبة التعزير قد تصل إلى القتل على حسب ما يراه الإمام مراعيّاً في ذلك المصلحة العامة.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن اللواط ليست بزنا، لأن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: لاط وما زنا، وزنا وما لاط، ويقال: فلان لوطي، وفلان زان، فكذا يختلفان اسماً، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل، ولهذا اختلف الصحابة- رضي الله عنهم- في حد هذا الفعل، ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى، لأن موجب الزنا كان معلوماً لهم بالنص، فثبت أنه ليس بزنا، ولا في معنى الزنا أيضاً، لما في الزنا من اختلاط الأنساب

وتضييع الولد، ولم يوجد ذلك في هذا الفعل، إنما فيه تضييع الماء المهيئ الذي يباح مثله بالعزل، وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد، وهو الزجر، لأن الحاجة إلى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده، ولا يغلب وجود هذا الفعل، لأن وجوده يتعلق باختيار شخصين، ولا اختيار إلا لداع يدعو إليه، ولا داعي في جانب المحل أصلاً، وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعاً، وهو الشهوة المركبة فيهما جميعاً، فلم يكن في معنى الزنا، فورود النص هناك ليس وروداً ههنا، وأيضاً فإن من فعل فعل قوم لوط وطأ في فرج، لا يتعلق به إحلال ولا إحصان، ولا وجوب مهر، ولا ثبوت نسب، فلم يتعلق به حد، وأن الواجب بهذا الفعل التعزير لوجهين:

أحدهما: أن التعزير هو الذي يحتمل في القدر والصفة، لا الحد.
الثاني: أن التعزير للاجتهاد مجال فيه، بخلاف الحد فإنه لا مجال للاجتهاد فيه، بل لا يعرف إلا بالتوقيف (١).
أجيب عن ذلك:

بما أجيب به عن الدليل السابق فلا داعي لتكراره.
استدل أصحاب المذهب الثالث على مذهبهم القائل بأن حد اللأثم هو حد الزنا، بالمسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

(١) راجع دليل هذا المذهب في حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٢٧، بدائع الصنائع ج٩ ص ٤١٥١، المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٠ وما بعدها، تفسير القرطبي ج ٧ ص ٢٤٤، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج ٢ ص ٧٨٦.

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما رواه أبو موسى الأشعري- رضى الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "إذا جاء الرجل الرجل، فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان (١)".

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ أخبر أنه إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وعقوبة من زنا هي الرجم إن كان محصناً، والجلد والتغريب إن كان غير محصن، فكانت عقوبة من فعل فعل قوم لوط كذلك.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن الحد يجب بالوطء، فاختلف فيه البكر والتيب قياساً على حد الزنا، بجامع أن كلا منهما إيلاج محرم في فرج آدمي لا ملك له فيه، ولا شبهة ملك، فكان كالإيلاج في فرج المرأة، وإذا ثبت كونه زنا دخل في عموم الآية، ولأنه فاحشة، فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة (٢).

(١) هذا الحديث رواه ابن حجر في تلخيص الحبير من طريق أبي موسى والبيهقي في السنن الكبرى: راجع تلخيص الحبير ج٣ ص ٦٢ كتاب الحدود باب حد الزنا وفيه بشر بن الفضل وهو مجهول، السنن الكبرى للبيهقي ج٨ ص ٢١٢ كتاب الحدود باب في حد اللوطي.

(٢) راجع أدلة المذهب للثالث في المذهب ج٢ ص ٢٧٠، المغنى لابن قدامة ج٩ ص ٦٠، تفسير القرطبي ج٧ ص ٢٤٤ وما بعدها.

هذا: وبعد عرض المذاهب وأئمة كل مذهب، أرى ترجيح قول الإمام مالك ومن معه، وهم أصحاب المذهب الأول الذين قالوا بأن من فعل فعل قوم لوط يرجم، سواء أكان محصناً أم غير محصن.

وفي هذا المعنى يقول ابن العربي: والذي صار إليه مالك أحق، فهو أصح سنداً وأقوى معتمداً^(١).

(١) راجع أحكام القرآن للكریم لابن العربی ج ٢ ص ٧٨٦.

المسألة التاسعة

في "الإسلام ليس شرطاً في الإحصان"

الإحصان لغة: المنع^(١). وشرعاً: جاء بمعنى الإسلام والبلوغ، والعقل والحرية، والعفة والتزويج، ووطء المكلف الحر في نكاح صحيح، والمراد هنا هو المعنى الأخير عند الشافعية. وقال الحنفية: الإحصان نوعان: إحصان الرجم، وإحصان القنف. أما إحصان الرجم فهو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم، وهي العقل والبلوغ، والحرية والإسلام، والنكاح الصحيح والدخول فيه^(٢).

إذا تقرر هذا فقد اختلف العلماء في الإسلام، هل هو شرط في الإحصان، فلا يرجم النمي إذا تحاكم إلينا، ولا تحصن النمية مسلماً. أم الإسلام ليس شرطاً في الإحصان، فيحد النمي إذا ترفع إلينا، وتحصن النمية المسلم؟ وقد اختلف في هذه المسألة على مذهبين، هالك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه أبو حنيفة، ومالك، وهو مروى عن عطاء، والنخعي، والشعبي، ومجاهد، والثوري وغيرهم، وهم يرون أن الإسلام من شروط الإحصان، فلا يرجم النمي إذا تحاكم إلينا، ولا

(١) راجع للمصباح المنير ج ١ ص ١٣٩، مختار الصحاح ص ١٤١.

(٢) راجع للمجموع ج ٢ ص ١٤، المبسوط للمرخسي ج ٩ ص ٣٩ ط دار المعرفة بيروت - لبنان، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج ٦ ص ٤٢.

تحصن الذميمة مسلماً، لأن الرجم تطهير، والذمي ليس من أهل التطهير، بل لا يطهر إلا بحرقه في الآخرة بالنار (١) .
المذهب الثاني:

وعليه الشافعي، وأحمد بن حنبل، وأبو يوسف من الحنفية، وهو مروى عن الزهري وجماعة، وهم يرون أن الإسلام ليس شرطاً في الإحصان، فيحد الذمي إذا ترافع إلى بناء، والذميمة تحصن المسلم (٢) .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بأن الإسلام شرط في الإحصان، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- قوله ﷺ "من أشرك بالله فليس بمحصن" (٣) .

وجه الدلالة:

أن الذمي مشرك على الحقيقة، كما أنه ليس بكامل الحال، فإن المحصن من هو كامل الحال، والرجم لا يقام إلا على من هو

(١) راجع هذا المذهب في بدائع الصنائع ج٩ ص٤١٦٠، المبسوط ج٩ ص٢٩، حاشية

ابن عابدين ج٤ ص١٦، بداية المجتهد ج٢ ص٤٣٦، القوانين للفقهاء ص٣٧٤.

(٢) راجع هذا المذهب في المجموع ج٢ ص١٤، المغني لابن قدامة ج٩ ص٤٠، المبسوط ج٩ ص٢٩، ألفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج٦ ص٤٢.

(٣) هذا الحديث رواه ابن حجر من طريق ابن عمر مرفوعاً وموقوفاً والزيلعي والدارقطني من نفس الطريق: راجع تلخيص الحبير ج٤ ص٩١، نصب الراية ج٣

ص٣٢٧، كتاب الحدود، سنن الدارقطني ج٣ ص٣٥٠ كتاب الحدود.

كامل الحال، والإسلام يطلق عليه اسم الإحصان في قوله تعالى "والذين يرمون المحصنات" (١)، وقوله تعالى "فلذا أحصن فإن أتين بفاحشة (٢)"، فلذا قلنا بأن الإسلام شرط في الإحصان وبه يحصل المقصود.

واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ لكعب بن مالك حين أراد أن يتزوج يهودية: "دعها فإنها لا تحصنك" (٣).
وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ نهى كعب بن مالك من الزواج باليهودية، لأن المسلم لا تحصنه يهودية، فلذا اشترطنا الإسلام في الإحصان.
ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن الإحصان فضيلة، ولا فضيلة مع عدم الإسلام.
وفي هذا المعنى يقول صاحب البدائع: وأما الإسلام، فلأنه نعمة كاملة موجبة للشكر، فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر، وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعاً، فلأن اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما، وهو يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين، لأن اقتضاء الشهوة بالصبيية والمجنونة قاصر، وكذا بالراقيق، لكون الرق من نتائج الكفر،

(١) بعض من الآية ٢٥ من سورة النساء.

(٢) بعض من الآية ٤ من سورة النور.

(٣) هذا الحديث رواه الزيلعي والدارقطني من طريق كعب بن مالك، راجع نصب الراية ج٣ ص ٣٢٨ كتاب الحدود، سنن الدارقطني ج٢ ص ٣٥٠ كتاب الحدود وقال عنه فإن أباً بكر ضعيف وعلى بن أبي طلحة لم يدرك كعباً.

فينفيه عنه الطبع، وكذا بالكافرة، لأن طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة (١).

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بأن الإسلام ليس شرطاً في الإحصان، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر قال: جاء اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما (٢).

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ رجم اليهوديين اللذين زنيا، ولو كان الإسلام شرطاً في الإحصان لما رجمهما.

(١) راجع أدلة هذا المذهب في بدائع الصنائع ج٩ ص٤١٦٠، للمبسوط ج٩ ص٢٩، حاشية ابن عابدين ج٤ ص١٦، بداية المجتهد ج٢ ص٤٣٦، للفتاوى للفقهاء ص٣٧٤، للغة الإسلامي للدكتور وهبه الرحيلي ج٦ ص٤٣٦.

(٢) وقصة رجم اليهوديين رواها ابن عمر رضي الله عنهما فقال جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله ﷺ ما تجنون في التوراة في شأن الرجم فقال نفضحهم ويجلدون فقال عبدالله بن سلام كنيتم إن فيها للرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم ثم قرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبدالله بن سلام ارفع يدك فرفع يده فإذا فيها آية الرجم فقال صدقت يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما، راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج٢ ص٣٦ باب رجم اليهود كتاب اللحد، سنن الترمذي ج٥ ص٢١٤ باب ما جاء في رجم أهل الكتاب.

أجيب عن ذلك:

بأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - رجم من زنى من اليهود بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة، ويبين صورياً الأعور، وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا فى كتابهم الرجم، فرجمهما وقال أنا أحق من أحيا سنة أماتوها، وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها، فدل على أنه إنما رجمهما بحكم التوراة، ولم يكن الإحصان شرطاً فى الرجم بحكم التوراة.

رد على ذلك:

بأن النبى ﷺ حكم عليهم بما أنزل الله عليه، بدليل قوله تعالى "فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا(١)"، ولأنه لا يسوغ للنبى ﷺ الحكم بغير شريعته، ولو ساغ ذلك لساغ لغيره، وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون لشريعته مخالفاً لحكمهم.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلى:

١- إن اشتراط الإسلام للزجر عن الزنا، والدين المطلق يصلح للزجر عنه، لأن الزنا حرام فى الأديان كلها، كما أن اشتراط الإسلام لمعنى التغليظ، لأن الكفر أليق بهذا من الإسلام، فالإسلام للتخفيف والعصمة، والكفر من دواعى التغليظ فإذا كانت هذه

(١) سورة المائدة من الآية ٤٨.

العقوبة تقام على المسلم بإرتكاب هذه الفاحشة، فعلى الكافر أولى^(١).

هذا: وبعد عرض مذاهب العلماء وأدلة كل فريق، أرى ترجيح مذهب من قال بأن الإسلام ليس شرطاً في الإحصان، حتى لا يتخذة الذمى نريعة لإرتكاب ما حرم الله، طالما لم يقم عليه الحد.

(١) راجع أدلة المذهب الثاني في المجموع ج٢ ص ١٤، المغني لابن قدامة ج٩ ص ٤٠، المبسوط ج٩ ص ٢٩، لفتحه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج٦ ص ٤٢.

المسألة العاشرة

"قتل الذكر بالأنثى"

لا خلاف بين العلماء في قتل الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى، للنص على ذلك في الآية الكريمة في قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى(١)".

فإن الآية مبينة لحكم النوع إذا قتل نوعه، وليس في هذا خلاف، وإنما الخلاف وقع بينهم في قتل المسلم بالزنى، والحر بالعبد، والذكر بالأنثى، والجماعة بالواحد، ونظراً لوجود تشابه بين هذه المسائل وأدلتها، فإنني سوف أذكر الخلاف في مسألتين فقط من هذه المسائل:

الأولى: في قتل الذكر بالأنثى.

والثانية: في قتل الجماعة بالواحد.

ففي قتل الذكر بالأنثى وقع خلاف بين العلماء، وسبب خلافهم يرجع إلى خلافهم في فهم المراد من قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس(٢)".

والخطاب وارد في غير شريعتنا، فهل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا؟ فإذا قتل الرجل الحر المسلم المرأة الحرة المسلمة عمداً، فهل يقتل بها أم لا؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاهنا بيانهما:

(١) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٢) جزء من الآية ٤٥ من سورة المائدة.

المذهب الأول:

وعليه الأئمة الأربعة، وعلمة أهل العلم، وهو مروى عن علي، وعمر بن عبد العزيز، والنخعي، والشعبي، والزهرى، وأهل المدينة، ونقل عن كثير من الصحابة، وهم يرون قتل الذكر بالأنثى إذا قتلها عمداً، ولا يرون الرجوع بفضل اللديات إلا ما نقل عن علي، وعطاء من القول بقتل الرجل بالمرأة، ولكن يعطى أولياؤه نصف الدية، لأن عقلها نصف عقله، فإذا قتل بها بقى له بقية، فاستوفيت ممن قتله (١)

المذهب الثاني:

وعليه الحسن البصرى، وهو مروى عن ابن عباس، وجماعة، وحكاه عنهم القاضى أبو الوليد فى المنقى، والخطابى فى معالم السنن وضعفه، وأصحاب هذا المذهب يرون أنه لا يقتل الذكر بالأنثى (٢).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلى:

- (١) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد ج٢ ص ٤٠٠، بدائع الصنائع ج١٠ ص ٤٦٢٧، المغنى لابن قدامة ج٨ ص ٢٩٦، المجموع شرح المهذب ج١٨ ص ٣٥٤، تفسير القرطبى ج١ ص ٢٤٨.
- (٢) راجع هذا المذهب فى المراجع السابقة.

١- قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص (١)".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى جعل النفس تقتل بالنفس، لا فرق بين ذكر وأنثى، لعموم الآية.

٢- واستتلوا أيضاً بقوله تعالى "ولكم في القصاص حياة يا أولى الأبواب لعلمكم تنقون (٢)".

وجه الدلالة:

أن الآية للكرامة أفادت أن من قتل إنساناً عمداً يقتل به قصاصاً، لا فرق بين الذكر والأنثى.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما رواه أبو بكر محمد بن حزم عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان، وأن الرجل يقتل بالمرأة (٣)". وهو كتاب مشهور عند أهل العلم، متلقى بالقبول عندهم.

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) سورة البقرة الآية ١٧٩.

(٣) هذا الحديث رواه ابن حجر في تلخيصه والمنعاني في سبله من طريق عمرو بن حزم راجع تلخيص الحبير ج٣ ص ٢١ باب ما يجب به للقصاص، سبل السلام ج٣ ص ٢٤٤.

وأيضاً روى عن النبي ﷺ أنه قتل يهودياً رض رأساً جارية من الأنصار (١).

وجه الدلالة:

أن الحديث الأول دل على أن الرجل يقتل بالمرأة، رعاية للمصلحة ومنعاً لإراقة الدماء، ولأنه إذا لم يقتل الرجل بالمرأة لحدث التقاتل بين النساء والرجال، ولما كان هناك قصاص، وفي ذلك ضرر عظيم، والحديث الثاني أفاد بفعله - صلى الله عليه وسلم - قتل الرجل بالمرأة عندما قتل رجلاً يهودياً قتل امرأة من الأنصار، والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة التي تقتضي ذلك.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

- ١- إن الذكر والأنثى شخصان يحد كل منهما بقذف صاحبه، فيقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين، ولا يجب مع القصاص شيء، لأنه قصاص واجب، فلم يجب معه شيء على المقتص، كسائر القصاص وخلاف الإبدال لا عبره به في القصاص، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد (٢).

(١) هذا الحديث رواه البخاري في صحيحه من طريق أنس بن مالك راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٢ ص ١٢٨ من كتاب اللبث باب الإقرار في الحدود حديث رقم ٦٨٧٦، ٦٨٧٧.

(٢) راجع أدلة المذهب الأول في المغني لابن قدامة ج٨ ص ٢٩٦، بدائع الصنائع ج١٠ ص ٦٢٧، للمجموع شرح للمذهب ج١٨ ص ٣٥٤، تفسير القرطبي ج١ ص ٢٤٨، بداية المجتهد ج٢ ص ٤٠٠.

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بأن
الذكر لا يقتل بالأنثى بالكتاب، هاك بيان هذا الدليل.
دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:

١- قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى
للحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه
شيئاً فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم
ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم" (١).

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى بين أن القصاص واجب بين
المرأتين إذا قتلت إحداهما الأخرى، فإذا قتل الرجل المرأة فلا
قصاص بينهما، بل تجب عليه الدية.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا معارض بما ذكرناه في المذهب الأول من
العمومات الواردة في قتل الرجل بالأنثى (٢).

هذا: وبعد عرض لأقوال العلماء وأدلة كل قول، أرى
ترجيح المذهب الأول القائل بقتل الذكر بالأنثى، رعاية للمصلحة
ودفعاً للجريمة، وحفاظاً على الأرواح.

(١) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٢) راجع أدلة المذهب الثاني في بدائع الصنائع جـ ١٠ ص ٤٦٢٨، المقنى لابن قدامة
ج ٨ ص ٢٩٦ وما بعدها، المجموع شرح للمذهب ج ١٨ ص ٣٥٥، تفسير القرطبي ج ١
ص ٢٤٩، بدلية للمجتهد ج ٢ ص ٤٠٠ وما بعدها.

المسألة الحادية عشرة

في "قتل الجماعة بالواحد"

اختلف العلماء في قتل الجماعة بالواحد على مذهبين، هـاك

بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، والشافعي، وأبو حنيفة، وهو مروى عن عمر، وعلى، والمغيرة بن شعبة، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وقتادة، وأصحاب الرأي، وجمهور فقهاء الأمصار، وهم يرون أنه تقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله، وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل إليه، ووجب القصاص عليه (١).

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أحمد، وهو مروى عن ابن الزبير، والزهري، وابن سيرين، وحبيب بن أبي ثابت، وداود، وابن المنذر، وحكى عن ابن عباس، وهم يرون أنه لا تقتل الجماعة بالواحد، وتجب عليهم الدية، وروى عن معاذ بن جبل وغيره أنه يقتل منهم واحد، ويؤخذ من الباقي حصصهم من الدية (٢).

(١) راجع هذا المذهب في بداية المجتهد ج٢ ص ٣٩٩، المجموع شرح للمذهب ج١٨

ص ٣٦٧، بدائع الصنائع ج١٠ ص ٤٦٢٨، تفسير القرطبي ج١ ص ٢٥١.

(٢) راجع المذهب الثاني في المرجع السابقة، للمغنى لابن قدامة ج٨ ص ٢٩٠.

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بقتل الجماعة بالواحد بالأثر والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة.
أولاً: دليلهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلي:
١- ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به جميعاً (١).

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:
١- لو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا الواحد لم يقتلوا، لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك في قتلهم، وبلغوا الأمل في النشفي، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص، وفيه تفويت ما شرع الله (٢)، قال تعالى "ولكم في القصاص حياة يا أولى الأبواب لعلمكم تنقون" (٣).

وروى الترمذي عن سعيد أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال "لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار" (٤).

(١) راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ١٢ ص ٢٢٧ كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل حديث رقم ٦٨٩٦.

(٢) راجع لئلة هذا المذهب في بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٤٦٢٨، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٩٩، المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٣٦٧، تفسير القرطبي ج ١ ص ٢٥١.

(٣) سورة البقرة الآية ١٧٩.

(٤) هذا الحديث رواه الترمذي في سننه من طريق أبي سعيد الخدري راجع سنن الترمذي ج ٤ ص ١٧، كتاب الديات باب الحكم في الدماء وقال عنه حديث غريب.

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بأنه لا تقتل الجماعة بالواحد، بالكتاب والمعقول هالك بيانها:
أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:
١- قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس" (١)، وقوله تعالى "الحر بالحر" (٢).
وجه الدلالة:

أن الله تعالى سوى بين الأنفس في القصاص، ولا مساواة في قتل الجماعة بالواحد.
أجيب عن ذلك:

بأن المراد بالقصاص في الآية قتل من قتل، كائنا من كان، رداً على العرب التي كانت تريد أن تقتل بمن قتل من لم يقتل، وتقتل في مقابلة الواحد مائة، افتخاراً واستظهاراً بالجاه والمقدرة، فأمر الله تعالى بالعدل والمساواة.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:
١- إن مقتضى المساواة والعدل أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة، لأن التفاوت في الأوصاف يمنع، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد، فالتفاوت في العدد أولى، وقال ابن المنذر: ولا حجة مع من أوجب قتل الجماعة بالواحد.

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) جزء من الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

أجيب عن ذلك:

إن القصاص عقوبة للواحد على الواحد، فوجبت للواحد على الجماعة، كحد القذف، وبفارق الدية، فإنها لا تتبع، والقصاص لا يتبع، ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك لأدى إلى التسارع إلى القتل به، فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر (١).

هذا: وبعد عرض المذهبيين وأئمة كل مذهب، أرى ترجيح مذهب الجمهور القائل بأن الجماعة تقتل بالواحد، للمصلحة العامة، حتى لا يتخذ الناس ذريعة لقتل أعدائهم، ويقتلون من العقاب، وتعم الفوضى، وفي ذلك ضرر عظيم.

(١) راجع المراجع السابقة، المعنى لابن قدامة ج ٨ ص ٢٩٠.

المسألة الثانية عشرة

"الجعل والجعالة"

الجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها، مثل مشاركة الطبيب على البرء، والمعلم على الحق، والناشذ على وجود العبد الأبق.

وفى المجموع الجعالة: هي أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً، من رد ضالة، ورد آبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، وكل ما يستأجر عليه من الأعمال^(١)، والفرق بين الإجارة والجعالة: أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين، والجعالة يتقدر فيها الجعل، والعمل غير مقدر^(٢).

فمثل هذه الأمور مظنون حصولها، وليست متحققة الحصول، إذ ربما يحدث البرء بيد الطبيب، وقد لا يحدث، وإيضاً فقد يحدث التعليم بيد المعلم وقد لا يحدث.

وقد يجد الباحث عن العبد الأبق وقد لا يجده، ومثل هذه العقود اختلف العلماء فيها، وسبب اختلافهم يرجع إلى قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم"^(٣).

وهذه الآية من شرع من قبلنا، فهل شرعهم شرع لنا أم لا؟ والملاحظ هنا أن الحنفية قد خالفوا مذهبهم في الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بعدم جواز الجعالة، والشافعية أيضاً قد خالفوا مذهبهم

(١) راجع المجموع شرح المذهب ج١٥ ص ١١٣.

(٢) راجع أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٠٩٦.

(٣) سورة يوسف الآية ٧٢.

فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بجواز الجعالة، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من العلماء، وهم يرون جواز الجعل والجعالة، غير أن الإمام مالكا أجاز ذلك بشرطين:

أحدهما: أن لا يضرب لذلك أجلا.

والثالثى: أن يكون الثمن معلوماً، وأن الجعل لا يستحق شئ منه إلا بتمام العمل، وأنه ليس بعقد لازم (١).

المذهب الثانى:

وعليه أبو حنيفة وأصحابه، وهم يرون عدم جواز الجعالة (٢).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بجواز الجعل والجعالة بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" (٣).

(١) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح المهذب ج٥ ص ١١٢، المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٧٤، بداية الجتهد ج٢ ص ٢٣٥، حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء ج٥ ص ٤٦، أحكام القرآن الكريم لابن العربي ج٣ ص ١٠٩٦ وما بعدها.

(٢) راجع هذا المذهب فى بدائع الصنائع ج٦ ص ٥٧٩، الهداية ج٧ ص ١١٨، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٥ وما بعدها.

(٣) سورة يوسف الآية ٧٢.

وجه الدلالة:

أن يوسف- عليه السلام- جعل حمل البعير لمن يأتي بصواع الملك، وهذا الجعل- وهو حمل البعير- على أمر مظنون، قد يتحقق وقد لا يتحقق، وهو إيجاد صواع الملك.
ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما رواه أبو سعيد الخدري أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقرّوهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل، أو تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من شاة، فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن وينقل، فبرأ الرجل، فأتوهم بالشاة، فقالوا لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: "ما أدراك إنها رقية خذوها واضربوا لي فيها بسهم(١)".

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ أجاز من جعل للراقى جعلاً، ولولا أن الجعالة جائزة لما أجازها رسول الله ﷺ.
ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

(١) هذا الحديث رواه البخاري في صحيحه وأبو داود في سننه من طريق أبي سعيد الخدري راجع صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج٩ ص٥٤ حديث رقم ٥٠٠٧ كتاب فضائل القرآن باب فضل فاتحة الكتاب سنن أبي داود ج٤ ص١٧ كتاب الطب باب ما جاء في الرقى حديث رقم ٣٩٠٠.

١- إن الحاجة تدعو إلى ذلك، من رد ضالة وأبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، فجاز ذلك، كالإجارة والمضاربة، وقد كانت الإجارة والجعالة قبل الإسلام، فأقرتهما الشريعة ونفت عنهما الغرر والجعالة (١) .

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم جواز الجعالة، بالمعقول هالك بيان هذا الدليل:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن الجعالة فيها من الغرر ما يفسدها، قياساً على سائر الإجازات، لأنها عقد على منفعة مجهولة فلا تصح.

وفي هذا المعنى قال صاحب الهداية: ولا تصح الإجارة حتى تكون المنفعة معلومة، والأجرة معلومة، وذلك لأن الجهالة في المعقود عليه تفضي إلى المنازعة فلا تصح (٢) .

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى ترجيح مذهب من قال بجواز الجعالة، لقوة أدلتهم وضعف أدلة من خالفهم.

(١) راجع أدلة هذا المذهب في بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٥ وما بعدها، المغني لابن قدامة ج٥ ص ٧٤، المجموع شرح المذهب ج١٥ ص ١١٣، أحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص ١٠٩٦ وما بعدها، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ج٥ ص ٤٦.
(٢) راجع دليل المذهب الثاني في بدائع الصنائع ج٦ ص ٥٧٩، الهداية ج٧ ص ١١٨.

المسألة الثالثة عشرة

في "إجبار البكر البالغة على الزواج من غير استثمار"

اختلف العلماء في إجبار البكر البالغة على النكاح من جانب الولي من غير استثمار، وسبب خلافهم يرجع إلى قوله تعالى في قصة سيدنا موسى وشعيب -عليهما السلام- "إنني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج (١)"، وهذه الآية مسوقة لبيان ما كان في شرع الأنبياء السابقين، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا، قال: للأب أن يزوج ابنته البكر البالغة من غير استثمار، أي للولي إجبارها على الزواج، ومن قال شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال: إذا بلغت الصغيرة لا يجبرها الولي على النكاح.

والملاحظ هنا أن الإمام أبا حنيفة قد خالف مذهبه في الأخذ بشرع من قبلنا وقال بعدم إجبار البكر البالغة على الزواج، وأيضاً فإن الإمام الشافعي قد خالف مذهبه في عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بولاية الإجماع على البكر البالغة، تبعاً للإمام مالك في ذلك، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين، هك بيانها:

المذهب الأول:

وعليه مالك، والشافعي، وأحمد في إحدى الروايتين عنه، ونقل عن ابن أبي ليلى، وإسحاق وغيرهما، وهم يرون أن للولي إجبار البكر البالغة على الزواج من غير استثمار (٢).

(١) سورة القصص الآية ٢٧.

(٢) راجع هذا المذهب في بداية المجتهد ج٢ ص ٥ وما بعدها، مغنى المحتاج ج٣ ص ١٤٩ وما بعدها، المغنى لابن قدامة ج٧ ص ٤٠، لفتحه الإسلامي للكتور ومبه للزحيلي ج٧ ص ٢٠٩، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧١، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٤٤٧.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة، وأحمد في الرواية الأخرى عنه، ونقل عن الثوري، والأوزاعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي، وهم يرون أنه إذا بلغت الصغيرة فلا يزوجها أحد إلا برضاها، لأنها بلغت حد التكليف، فلا بد من اعتبار رضاها (١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بولاية الإيجاب بالكتاب والسنة والمعقول هالك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى "إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي" "هاتين" (٢).

وجه الدلالة:

يقول القرطبي: وهذه الآية تدل على أن للأنثى أن يزوج ابنته البكر البالغة من غير استثمار، وبه قال مالك، واحتج بهذه الآية، وهو ظاهر قوى في الباب.

(١) راجع هذا المذهب في فتح القدير ج٣ ص ٢٦٠، المغني لابن قدامة ج٧ ص ٤٠،

تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧١، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٤٤٧ وما بعدها، مغني المحتاج ج٣ ص ١٤٩، بدلية المجتهد ج٢ ص ٥.

(٢) سورة القصص الآية ٢٧.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإنها سكوتها" وفي رواية والبكر يستأمرها أبوها (١) .

وجه الدلالة:

فإن الحديث أفاد أن الثيب أحق بنفسها من وليها، ولم يجعل البكر أحق بنفسها من وليها كالثيب، وهذا هو الإيجاب بعينه.

أجيب عن ذلك:

بأن استفادة كون الثيب أحق بنفسها، وكون البكر ليست أحق بنفسها، علم بالمفهوم وهو ليس بحجة عندنا، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى نذكره فيما بعد من رده، ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم، وهو قوله ﷺ "البكر يستأمرها أبوها" إذ وجوب الاستئمان منافع للإيجاب، لأنه طلب الأمر أو الأذن، وفائتته الظاهرة أن يستعلم رضاها أو عدمه، فيعمل على وفقه.

(١) هذا الحديث رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه من طريق ابن عباس: راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج٩ ص٢٠٥ باب استئذان الثيب فى النكاح، ومنزى لى داود ج٢ ص٢٣٢ حديث رقم ٢٠٩٨ باب فى الثيب كتاب النكاح، سنن ابن ماجه ج١ ص٢٠١ حديث رقم ١٨٢٠ كتاب النكاح باب استئذان البكر والثيب.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إلحاق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية إجبارها في النكاح، بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته، كما أن البكر لم تمارس الرجال بالوطء، فهي شديدة الحياء، والولي يحتاط لموليتها، لخوف العار وغيره.

أجيب عن ذلك:

بأننا نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة في الأصل، بل هو معلوم الإلغاء، للقطع بجوازه عند البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة، مع أن الجهل منتف، لأنه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه (١).

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بأنه ليس للأب أو الولي ولاية الإجبار على البكر البالغة في النكاح، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما رواه أبو داود وغيره أن رسول الله ﷺ قال "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإنها صماتها" (٢).

(١) راجع أدلة هذا المذهب وما أجيب به في معنى المحتاج ج٣ ص ١٤٩ وما بعدها، للمغني لابن قدامة ج٧ ص ٤٠، بداية المجتهد ج٢ ص ٥ وما بعدها، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج٧ ص ٢٠٩، فتح القدير ج٣ ص ٢٦٠، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧١، أحكام القرآن للكريم لابن العربي ج٣ ١٤٧٧.

(٢) سبق تخريج الحديث.

وجه الدلالة:

أن الأيم من لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، والاستمرار معناه طلب الأمر منها وهو الآن، فيكون استئذانها أمراً ضرورياً، فلا يصح أن تزوج إلا برضاها.

٢- ما رواه النسائي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع خسيسته، وأنا كارهة، فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ فجار رسول الله ﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، وإنما أردت أن أعلم الناس أن ليس للأباء من الأمر شيء (١).

وجه الدلالة:

أن الحديث أفاد بعمومه أن المباشرة ليست حقاً ثابتاً للولي بل هي ثابتة إستحباً وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ لقولها وهو يدل على أن البكر البالغة لا تزوج إلا برضاها.

أجيب عن ذلك:

بأن الحديث مرسل من حديث ابن أبي بردة، والمرسل ليس بحجة، كما أن الحديث محمول على عدم الكفاءة بين الزوجين، فخيرها الرسول ﷺ بناءً على ذلك.

(١) هذا الحديث رواه النسائي في سننه من طريق عائشة رضي الله عنها. راجع سنن النسائي ج٦ ص ٨٧ كتاب النكاح باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة.

رد على ذلك:

بأن المرسل حجة، وإن قلنا بأنه ليس بحجة كما يقولون فإن الحديث مسند وليس مرسلًا وحمله على عدم الكفاءة خلاف الأصل، مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب، والزوج كان ابن عمها.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

- ١- إن البكر البالغة حرة مخاطبة، فلا يكون للغير ولاية عليها، والولاية على الصغيرة تقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ، فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مالها إلا بإذنها وكل المال دون النفس، فكيف يملك أن يخرجها قسراً إلى من هو أبغض الناس إليها؟ ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك (١).
- وبعد هذا العرض لما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى ترجيح قول من قال بولاية الإجماع، لأن البكر ليس لها خبرة بالرجال، وحياتها يمنعها من ذلك.

(١) راجع لدلة المذهب الثاني وما أجيب به في فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٠، المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٠، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٤٩، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥، تفسير القرطبي جـ ١٣ ص ٢٧١ وما بعدها، أحكام القرآن للكرام لابن العربي جـ ٣ ص ٤٧٧ وما بعدها.

المسألة الرابعة عشرة

"صحة ضمان المجهول"

و ضمان المجهول: كقولك: ما أعطيتَه فهو على، أو أنا ضامن من مالك على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به اللبنة، أو ما يقر به لك، أو ما يخرج من بستان نخلك.

وهنا اختلف العلماء في صحة هذا للضمان، وسبب خلافهم يرجع إلى فهم المراد من قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" (١).

فهذه الآية مسوقة لبيان شرع من قبلنا، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا، قال بصحة ضمان للمجهول، ومن قال: ليس شرعاً لنا قال بعدم الصحة، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين هلك بينهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، ونقل عن الثوري، والأوزاعي، وهم يرون صحة ضمان المجهول (٢).

المذهب الثاني:

وعليه الشافعي، وابن أبي ليلى، والليث، وابن المنذر وغيرهم، وهم يرون أنه لا يصح ضمان المجهول (٣).

(١) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٢) راجع هذا للمذهب في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ ومابعدهما، فتح القدير ج ٧ ص ١٧١، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٧٢ ومابعدهما.

(٣) راجع هذا للمذهب في المجموع شرح المهذب ج ١ ص ٥ وما بعدهما.

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بصحة ضمان المجهول بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:
أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:
١- قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" (١).
وجه الدلالة:

أن سيدنا يوسف - عليه السلام - ضمن لما جاء بصواع الملك أن يعطيه حمل بعير، وحمل البعير مجهول غير معلوم، فصح ضمان المجهول.
أجيب عن ذلك:

بأن حمل البعير كان معيناً معلوماً عندهم، كالوسق، فصح ضمانه، بخلاف المجهول، غير أن بذل مال للسارق لا يجوز، فلعنه كان يصح في شرعهم أو كان هذا جعلاً.
ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:
١- قوله ﷺ "الزعيم غارم" (٢).

(١) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٢) هذا الحديث رواه الترمذي في سننه وابن ماجه وأحمد من طريق أبي امامة الباهلي. راجع سنن الترمذي ج٤ ص٤٣٣ كتاب الوصايا باب لا وصية لوارث، سنن ابن ماجه ج٢ ص٨٠٤ كتاب الصدقات باب الكفالة، مسند أحمد ج٥ ص٢٦٧.

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ جعل الضامن والكفيل ضامناً مطلقاً، سواء كانت الكفالة بالمال أو البدن، فصح الضمان، وإن كان المكفول به مجهول المقدار.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يأتي:

١- إن الكفالة التزام حق في الذمة من غير معارضة، فصح في المجهول كالنذر والإقرار، وهي مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة (١).

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم صحة ضمان المجهول بالمعقول هالك بيان هذا الدليل:

إن الكفالة التزام، فلا يصح مجهولاً، كالثمن في البيع، لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال، والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله تعالى أو رفع الضيق، فلا يبالي بما التزم في ذلك (٢).

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى ترجيح قول من قال بصحة ضمان المجهول لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين لهم.

(١) راجع لدلة هذا المذهب في المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٧٢ وما بعدها، فتح القدير

ج ٧ ص ١٧١، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٢) راجع دليل المذهب لثاني في المجموع شرح للمذهب ج ١ ص ٥ وما بعدها.

المسألة الخامسة عشرة

"الكفالة بالنفس"

والمراد بالكفالة بالنفس هو ما يسمى بضمان الوجود، وهو الالتزام بالإتيان بالغريم الذى عليه الدين وقت الحاجة إليه (١).

وقد اختلف العلماء فى المسألة، وسبب خلافهم يرجع إلى خلافهم فى فهم المراد من قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم (٢)".

فمن قال: شرع من قبلنا شرع لنا، قال بجواز الكفالة بالنفس، ومن قال: شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، قال بعدم جوازها، وقد اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، وأحمد، وأبو حنيفة، والشافعى فى أحد قوليه، وهو مروى عن أكثر أهل العلم، وفقهاء الأمصار، والثورى، وشريح، والليث وغيرهم، وهم يرون جواز الكفالة بالنفس (٣).

المذهب الثانى:

وعليه الشافعى فى قوله الآخر، وداود الظاهرى، وغيرهما، وهم يرون أن الكفالة بالنفس لا تجوز، ونقل عن الإمام

(١) راجع للمغنى لابن قدامة ج٥ ص ٩٤.

(٢) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٣) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد ج٢ ص ٢٩٥، بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٤٠٨، المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٩٥، الهداية ج٣ ص ٨٧، أحكام القرآن للكریم لابن العربى ج٣ ص ١٠٩٥ وما بعدها، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحوى ج٥ ص ١٤٤ وما بعدها.

الشافعي في بعض أقواله: أن الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه: فمنهم من قال: هي صحيحة قولاً واحداً، وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس، لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه، هذا هو تحقيق مذهب الشافعي، بخلاف ما تذكره كتب الحنفية من أن الشافعية قالوا: المذهب صحة الكفالة بالنفس أو البدن (١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بجواز الكفالة بالنفس، بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:
أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:

١- قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" (٢).

وجه الدلالة:

فإن هذه الآية نص في جواز الكفالة، فإذا قال: أنا زعيم، فمعناه: أنا ملتزم، فإنه فعل نبي، ولا يكون إلا شرعاً.

وقال القاضي أبو اسحاق: ليس هذا من باب الكفالة، فإنها ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان، وإنما هو التزام عن نفسه وضمن عنها، وذلك جائز لغة لازم شرعاً.

(١) راجع هذا المذهب في المجموع شرح المهذب ج١٣ ص ٤٨٨ وما بعدها، المحلى لابن حزم ج٨ ص ١١٠ وما بعدها، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٠٩٥ وما بعدها، بدلية المجتهد ج٢ ص ٢٩٥، لفتح الإسلام للدكتور وهبه الزحيلي ج٥ ص ١٤٤ وما بعدها.

(٢) سورة يوسف الآية ٧٢.

وقد علق ابن العربي على ما قاله القاضى بقوله: وهذا صحيح، بيد أن الزعامة فيه نص، فإذا قال: أنا زعيم، فمعناه أنى ملتزم، وأى فرق بين أن يقول: ألتزمه عن نفسى، أو التزمت عن غيرى.

٢- قوله تعالى "قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتتنى به إلا أن يحاط بكم" (١).

وجه الدلالة:

أن الآية نص فى جواز الكفالة بنوعيتها بالمال والنفس.
ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما روى أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة، فقال: ألا أن الله أعطى كل ذى حق حقه، فلا وصية لوارث، ولا تتفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، والعارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضى والزعيم غارم (٢).

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ جعل الضامن والكفيل ضامناً مطلقاً، سواء كانت الكفالة بالمال أو البدن، ولولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لما جعله رسول الله ﷺ غارماً.

وفى هذا المعنى يقول ابن قدامة: وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره فى مجلس الحكم بدين لازم، سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً.

(١) سورة يوسف من الآية ٦٦.

(٢) سبق تخريج الحديث.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

إن الكفالة عقد، وما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، ولأن الكفيل يقدر على تسليم الأصل، بأن يعلم من يطلبه مكانه، فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى فى التسليم، وأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال والبدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس، لأدى ذلك إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها (١). استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبه القائل بأن الكفالة بالنفس لا تجوز بالكتاب والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "عاز الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده" (٢).

وجه الدلالة:

أن الكفالة بالنفس مثل الكفالة فى الحدود، والكفالة فى الحدود لا تجوز، فكذا الكفالة بالنفس.

أجيب عن ذلك:

أن الكفالة بالنفس لا تشبه الكفالة فى الحدود، لأن الكفالة وثيقة، وحدود الله لا يستوثق بها، لأنها تسقط بالشبهات.

(١) راجع أدلة المذهب الأول فى بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٤٠٨ وما بعدها، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٩٥، المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٩٥ وما بعدها، الهداية ج٣ ص ٨٧، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٠٩٥، لفته الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى ج٥ ص ١٤٤ وما بعدها.

(٢) سورة يوسف الآية ٧٩.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

بأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر الكفيل على تسليمه، فلا تصح الكفالة بها، لأنها لا تحقق الغرض منها، وهو تسليم المكفول به، ولأنها ضمان عين في الذمة بعقد، فلا يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها، ولا يخفى ما فيها من الغرر الذي لا يدري هل يجده أم لا؟

أجيب عن ذلك:

بأن هذا غير مسلم، إذ المشاهد بيننا أن كثيراً من الوجهاء يمكنهم التكفل بإتيان شخص معين ويتقيد بذلك (١). وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى أن القول بصحة الكفالة بالنفس هو المختار، لقوة دليله، ولما يترتب عليه من التوسع في باب الكفالة، حتى يتيح فرصة امكانية التكفل بالنفس لمن لا يملك المال، وفي ذلك دفع للحرص عن المحتاجين.

(١) راجع أدلة المذهب لثاني في المجموع جـ ١٣ ص ٤٨٨ وما بعدها، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١١٠ وما بعدها، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج ٣ ص ١٠٩٥ وما بعدها، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج ٥ ص ١٤٤ وما بعدها، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٥.

المسألة السادسة عشرة

"مشروعية الإجارة"

اختلف العلماء في جواز الإجارة، وإن كان المخالف في عدم الجواز لا وجه لقوله، وخلافه ضعيف، إلا أنني آثرت أن أذكره، لأن الإجارة كانت عند أصحاب الشرائع السابقة مشروعة معلومة، وقد اختلف العلماء في ذلك على مذهبين، هك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من العلماء قديماً وحديثاً، سلفاً وخلفاً، وهم يرون جواز الإجارة، لأنها من ضرورة الخليفة، ومصلحة الخلطة بين الناس^(١).

المذهب الثاني:

وعليه أبو بكر الأصم، وابن عليه، وهما يريان أن الإجارة لا تجوز، وقد علق القرطبي في تفسيره على هذا المذهب بعد ذكره الجواز بقوله: خلافاً للأصم حيث كان عن سماعها أصم^(٢)

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بالجواز بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، هك بيان هذه الأدلة:

(١) راجع هذا المذهب في بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٥٥٤ وما بعدها، المتنى لابن قدامة ج٥ ص ٣٢١ وما بعدها، المجموع ج٥ ص ١٥٥، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٤ ص ٤٤٤ وما بعدها ط دار الفكر باب من استأجر أجيراً، أحكام القرآن للكرام لابن العربي ج٣ ص ١٤٧٢، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧١، بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام ج٣ ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) راجع هذا للمذهب في للمراجع السابقة.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:

١- قوله تعالى "قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج (١)".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى ذكر أن نبياً من أنبيائه أجر نفسه حججاً مسماه ملك بها بضع امرأة، وهذا دليل على صحة الإجارة وجوازها، وما قصة الله تعالى علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ، يصير شريعة لنا ويلزمنا العمل به.

٢- قوله تعالى "فوجدنا فيها جداراً يريد أن ينقص فأقامه قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً (٢)".

وجه الدلالة:

في الآية الكريمة دليل على جواز أخذ الأجرة على إقامة الجدار، وأخذ الأجرة دليل على جواز الإجارة.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما رواه ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النذر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ "طسم" حتى بلغ قصة موسى فقال: إن

(١) سورة القصص الآية ٢٦، جزء من الآية ٢٧ من نفس السورة.

(٢) سورة الكهف الآية ٧٧.

موسى- عليه السلام- أجر نفسه ثمانى حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه(١) .

وجه الدلالة:

فى الحديث دلالة على جواز الإجارة، وهذا فعل نبى، وفعله يكون شرعاً، لأنها لو لم تكن جائزة لما فعلها سيدنا موسى- عليه السلام-.

٢- ما رواه البخارى عن أبى هريرة- رضى الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: قال الله عز وجل: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه حقه(٢) ."

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أخبر فى هذا الحديث بأنه خصم لمن يستأجر أجيراً ويستوفى منه العمل ولم يعطه الأجر، فهو آكل لماله بالباطل مع تعب وكده.

ثالثاً: دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب من الإجماع بما يلى:

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجة فى سننه من طريق عتبة بن النندر، راجع سنن ابن ماجة، ج٢، ص٨١٧ حديث رقم ٢٤٤٤ كتاب الرهن باب إجارة الأجير على طعام بطنه وقال فى إسناده ضعف.

(٢) هذا الحديث رواه البخارى من طريق أبى هريرة راجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج٤، ص٤١٧، كتاب البيوع باب ثم من باع حراً، رواه ابن ماجة من نفس الطريق راجع سنن ابن ماجة ج٢، ص٨١٦ حديث رقم ٢٤٤٢ كتاب الرهن باب أجر الإجراء.

١- أجمعت الأمة في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، حيث كانوا يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة- رضى الله عنهم- إلى يومنا هذا من غير تكير، فلا يعبا بخلاف من خالف في ذلك لأنه خلاف الإجماع.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن الله تعالى شرع العقود لحاجة الناس، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة، لأن كل واحد ليس له دار مملوكة يسكنها، أو أرض مملوكة يزرعها، أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء، لعدم الثمن، ولا بالهبة أو الإعارة، لأن ظروف كل واحد قد لا تسمح بذلك، فيحتاج إلى الإجارة، فجوزت على خلاف القياس، لحاجة الناس كالمسلم ونحوه.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبه القائل بأن

الإجارة لا تجوز بالمعقول، هاك بيانه:

١- إن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع الحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ فى المستقبل، كإضافة أعيان تؤخذ فى المستقبل، فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل، فلا جواز لها رأساً، لتحقق الغرر فيها.

أجيب عن ذلك:

بأن ما ذكر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة إليها، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها، لأنها تتلف بمضى

الساعات، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها، كالسلم في الأعيان، ولهذا تبين أن القياس متروك للحاجة إليها، ولو تحقق ما يتصوره الأصم صواباً، لتعطلت الصنائع والمساكن، والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها، وهي تستغرق مظاهر الحياة قديماً وحديثاً، لأنها كلها قائمة على المؤاجرات، والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الأعيان، سواء بسواء، بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً، وأشمل مرفقاً، والمنافع المتاحة أوسع آفاقاً من الأعيان والعروض (١).

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان، وأدلة كل فريق، أرى أن الراجح ما عليه الجمهور من العلماء، ولا ينظر إلى قول الأصم وغيره، لأنه كان عن سماعها أصم.

(١) راجع الأدلة السابقة في هذه المسألة في المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢١ وما بعدها، بداية للمجتهد ج ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥٥٤، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٤ ص ٤٤٤ وما بعدها، أحكام القرآن للكریم لابن العربي ج ٣ ص ١٤٧٣، للمجموع ج ١٥ ص ٥، تفسير القرطبي ج ١٣ ص ٢٧١، بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام ج ٣ ص ٨٠ وما بعدها.

المسألة السابعة عشرة

"حكم جهالة العمل في الإجارة"

إذا استأجر إنسان أجيراً فبين له الأجل، ولم يبين له العمل. هل يصح ذلك أم لا؟ اختلف العلماء في ذلك، وسبب خلافهم يرجع إلى خلافهم في العمل بشرع من قبلنا، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد شرعنا بتقريره، قال بجواز ذلك، ومن قال شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، قال بعدم الجواز.

والملاحظ هنا أن الحنفية قد خالفوا مذهبهم في الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بعدم الجواز كالشافعية، ها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل مذهب مع بيان الراجح، وقد اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الشافعية، والحنفية، والحنابلة وغيرهم، وهم يرون أن جهالة العمل أو الخدمة في الإجارة لا تجوز وتفسد. فقد جاء في البدائع: إن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فيفسد العقد، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والخيطة والرعي ونحو ذلك لا يجوز العقد (١).

وفي معنى المحتاج: ويشترط في الإجارة أن تكون المنفعة معلومة، فإن كانت مجهولة لم تصح (٢).

وفي المعنى لابن قدامة: استئجار مدة بعينها لعمل بعينه، كإجارة موسى - عليه السلام - نفسه ثمانى حجج لرعى غنم شعيب - عليه السلام - (٣).

(١) راجع هذا المذهب في معنى المحتاج ج٢ ص ٣٣٩، بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٥٦٩ وما بعدها، المعنى لابن قدامة ج٥ ص ٢٤١.

(٢) راجع معنى المحتاج ج٢ ص ٣٣٩.

(٣) راجع المعنى لابن قدامة ج٥ ص ٢٤١.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام مالك، ومال إليه البخاري، ورجحه ابن العربي ونسبه لجمهور المالكية، وهم يرون أن الخدمة إذا كانت مطلقة في الإجارة جازت ويحمل على المعروف (١).

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بعدم الجواز، بالمعقول هاك بيانه:

١- إن الإجارة التي لم يسم فيها نوع الخدمة أو المنفعة تؤدي إلى الجهالة والغرر، وهما منهي عنهما، وأن ما علم من الحال لا يكفي في صحة الإجارة حتى يسمى (٢).

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بالجواز، بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

قوله تعالى "إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج (٣)".

(١) راجع هذا المذهب في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٥ وما بعدها، أحكام القرآن للكریم لابن العربي ج ٣ ص ١٤٧٢، تفسير القرطبي ج ١٣ ص ٢٧٥، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٤ ص ٤٤٤ وما بعدها، ط دار الفكر باب من استأجر أجيراً فبين له المدة ولم يبين له العمل.

(٢) راجع المرجعين السابقين في رقم ١، ٢.

(٣) سورة القصص الآية ٢٧.

وجه الدلالة:

أنه لم يقع في سياق القصة المذكورة بيان العمل، وإنما فيه أن موسى أجر نفسه من والد المرأتين، فإنه ذكر إجارة مطلقة، فيحمل على المعروف، ولا يحتاج إلى تسمية الخدمة في الإجارة. ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما رواه ابن ماجة في سننه عن عتبة بن النذر- بضم النون وتشديد المهملة- قال كنا عند رسول الله ﷺ فقال: إن موسى- عليه السلام- أجر نفسه ثمانين سنين أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه^(١).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ ذكر أن سيدنا موسى -عليه السلام- أجر نفسه، ولم يبين نوع الخدمة في الإجارة من قبل موسى -عليه السلام.

أجيب عن ذلك:

أن المهر كان على شئ معلوم، وهو رعى الغنم فأراد شعيب- عليه السلام- أن يكون رعى غنمه هذه المدة ويزوجه ابنته، فذكر له الأمرين وعلق التزويج على الرعى على وجه المعاهدة لا على وجه المعاقدة، فاستأجره لرعى غنمه بشئ معلوم بينهما، ثم أنكحه ابنته بمهر معلوم بينهما.

(١) سبق تخريج الحديث.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إنه يكفي ما علم من الحال وما قام من دليل العرف، فلا يحتاج إلى التسمية في الخدمة، والعرف أصل من أصول الملة ودليل من جملة الأدلة.

أجيب عن ذلك:

بأن ما علم من الحال لا يكفي في صحة الإجارة حتى يسمى (١).

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان، وأدلة كل فريق، أرى ترجيح مذهب الجمهور القائل بتسمية الخدمة في الإجارة أو المنفعة، حتى لا تكون هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة.

(١) راجع أدلة للمذهب الثاني وما أجيب به في المراجع السابقة، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٥ وما بعدها، تفسير القرطبي ج١٣ ص ٢٧٥، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٤ ص ٤٤٤ باب من استأجر لجيراً فبين له المدة ولم يبين له العمل، أحكام القرآن للكروم لابن العربي ج٣ ص ١٤٧٢.

المسألة الثامنة عشرة

في "الختان"

الختان لغة: ختن الولد من باب ضرب ونصر. تقول: يختن- بكسر التاء وضمها- والمصدر الختن- بسكون التاء- والاسم منه الختان بكسر الخاء ككتاب، والختان موضع الختن من الذكر والأنثى، والختن: القطع، ويطلق على ختان الجارية خفاضاً، ويطلق على ختان كل من الذكر والأنثى غدر وإعذاراً ويطلق على الجلدة التي تقطع في الختان عذرة- بضم العين^(١).

الختان شرعاً: هو قطع جميع الجلدة التي تغطي حشفة ذكر الرجل حتى تتكشف جميع الحشفة، وفي المرأة قطع أنثى جزء من الجلدة التي في أعلى الفرج، ويسمى ختان الرجل إعذاراً، وختان النساء خفاضاً^(٢).

هذا: وبعد تعريف الختان لغة وشرعاً، أقول: قد اختلف العلماء في الختان، وسبب اختلافهم يرجع إلى خلافهم في ختان سيدنا إبراهيم- عليه السلام- فقد روى أنه اختن بالقنوم وهو ابن ثمانين سنة، وروى وهو ابن مائة وعشرين سنة^(٣).

(١) راجع تعريف الختان لغة في لسان العرب ج٢ ص ١٥٠، للمصباح المنير ج١ ص ١٦٤، مختار الصحاح ص ١٦٩ وما بعدها.

(٢) راجع الفقه الإسلامي للكتور وهبه الزحيلي ج١ ص ٣٠٦.

(٣) هذا الحديث رواه البيهقي في المنن الكبرى من طريق موسى بن علي عن أبيه ورواه الشوكاني من نفس الطريق راجع سنن البيهقي ج٨ ص ٣٢٦، نيل الأوطار ج١ ص ١١١.

ونحن مأمورون باتباع ملة سيدنا إبراهيم - عليه السلام -
في قوله تعالى تتم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً (١) .

والآية مسوقة لبيان شرع من قبلنا، فهل شرع من قبلنا
شرع لنا أم لا؟ فمن قال: شرع من قبلنا شرع لنا، قال بوجوب
الختان على الرجال والنساء، ومن قال: شرع من قبلنا ليس شرعاً
لنا قال: بأن الختان ليس بواجب.

والملاحظ هنا أن المالكية والحنفية قد خالفوا مذهبهم في
الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بأن الختان للذكر والأنثى ليس
بواجب، وأيضاً: الشافعية قد خالفوا مذهبهم في عدم الأخذ بشرع
من قبلنا، وتمسكوا بشريعة إبراهيم - عليه السلام - هنا وقالوا
بوجوب ختان الرجال والنساء.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين، هـاك
بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الشافعية على الصحيح من مذهبهم، والحنابلة،
والإمامية، والأباضية، والإمام يحيى، والعترة، وسحنون من
المالكية، وبه قال كثير من السلف، وهم يرون أن الختان واجب
للذكر والأنثى (٢) .

(١) سورة النحل الآية ١٢٣.

(٢) راجع هذا المذهب في المجموع ج١ ص ٢٩٧ وما بعدها، المتنى لابن قدامة ج١
ص ٦٤، كشف القناع ج١ ص ٨٠، القوانين للفتحية ص ١٧٩ وما بعدها، للفقهاء الإسلاميين
للذكور وبه للزحيلي ج١ ص ٣٠٦، ج٣ ص ٦٤٢، فتح الرحمن بأحكام الختان للذكور
عبد الحسيب عبد السلام مجلة كلية أصول الدين بطنطا ج٢ ص ١٠٦٠ وما بعدها طبعة
علم ١٩٩٧م.

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية، والمالكية، وقول عند الشافعي، وهم يرون أن الختان غير واجب، وإنما هو سنة بالنسبة للذكور، وفي ختان الإناث في رواية عن الحنفية والمالكية هو سنة في الإناث مثل الذكور، وفي رواية عنهم وعن الإمام أحمد، وابن حزم، والإمامية والإباضية، وهم يرون أن ختان الأنثى مكرمة، على معنى دون السنة فهو مستحب أو مندوب إليه (١)

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبيهم بالكتاب والسنة والأثر والمعقول، هالك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى "ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين" (٢) .

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمرنا أن نتبع ملة إبراهيم - عليه السلام -، فنكون مأمورين بالختان، فيكون الختان واجباً علينا، والدليل على

(١) راجع هذا المذهب في المبسوط ج ١٠ ص ١٥٦، ص ١٩٩، الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٣٥٧، مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٥٨ وما بعدها، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ٤٧ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة ج ١ ص ٦٤، القوانين الفقهية ص ١٧٩ وما بعدها، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي ج ١ ص ٣٠٦.
(٢) سورة النحل الآية ١٢٣.

أن الختان من ملة إبراهيم قوله عليه السلام "اختتن إبراهيم خليل الرحمن بعد ما أتت عليه ثمانون سنة واختتن (١) بالقدم (٢)".

اعترض على ذلك باعتراض من وجهين:

الأول: إنما أمرنا بالتثنين بدين إبراهيم - عليه السلام - فما فعله معتقداً وجوبه فعلناه معتقدين وجوبه، وما فعله ندباً فعلناه ندباً، ولم يعلم أنه كان يعتقد وجوباً.
أجيب عن ذلك:

بأن الآية صريحة في إتياعه فيما فعله، وهذا يقتضي إيجاب كل فعل فعله إلا ما قام دليل على أنه سنة في حقنا كالسواك ونحوه، كما أن الختان من خصال الفطرة وكانت واجبة على إبراهيم - عليه السلام - فكانت واجبة علينا.
الثاني: أن المراد بالملة في الآية، هو التوحيد وأصول الإيمان، بدليل قوله تعالى في آخر الآية "وما كان من المشركين" والختان شريعة، وليس من الملة سواء مأمورين بإتياع إبراهيم في أصول العقيدة دون الشريعة، والذي تعالى يقول نحن جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً (٣)".

أجيب عن ذلك:

بأن الملة شاملة للعقيدة والشريعة معاً، أما أنها شاملة للعقيدة فلقوله تعالى "إني تركت ملة قوم لا يؤمنون بالله وهم بالآخرة هم كافرون واتبعت ملة آبائي إبراهيم واسحاق ويعقوب

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) والقدم قبل آلة التجار وقيل ولد بالشام والأول هو الصحيح.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٨.

ما كان لنا أن نشرك بالله من شيء (١) " وقوله تعالى "قل صدق الله فاتبعوا ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين (٢) "، وأما شمولها للشريعة فليله قول الملاء من مدين فيما حكى القرآن الكريم "لنخرجك يا شعيب والذين آمنوا معك من قريتنا أو لتعودن في ملتنا (٣) "، وكان مما شرع الله لهم على لسان شعيب- عليه السلام- "أوفوا الكيل والميزان ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها (٤) " ولما كان الختان من شريعة إبراهيم، والملة شاملة للعقيدة والشريعة كنا مأمورين بالختان، فكان الختان واجباً (٥) .

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما رواه أبو هريرة- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ لرجل أسلم "ألق عنك شعر الكفر واختنن"، وفي رواية "من أسلم فليختنن (٦) " .

(١) جزء من الآيتين رقم ٣٧، ٣٨ من سورة يوسف.

(٢) سورة آل عمران الآية ٩٥.

(٣) سورة الأعراف من الآية ٨٨.

(٤) سورة الأعراف من الآية ٨٥.

(٥) راجع هذا الدليل وما أجيب به في المراجع السابقة في المذهب الأول، الأحكام للأمدى ج٤ ص ١٩٨، المستصفي ج٢ ص ٢٥٦.

(٦) هذا الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده من طريق غنيم بن كليب عن أبيه عن جده: راجع مسند أحمد ج٣ ص ٤١٥.

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ قد أمر من أسلم أن يختن فلو لم يكن الختان واجباً لما أمر الرجل الذي أسلم أن يختن، ومعلوم أن الرجل كان كبيراً يشق عليه الختان، فلو لم يكن واجباً لما أمر به، لكنه أمر به فيكون واجباً.

اعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث في سننه إبراهيم بن أبي يحيى، وهو متفق على ضعفه بين أهل الحديث، كما أن اقتران الختان بإزالة شعر الكفر عن الذي أسلم ليس بواجب، فيكون الختان غير واجب.

ثالثاً: دليلهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بما يلي:

١- ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- أنه قال: "من ترك الاختتان لم تقبل صلاته ولا توكل نبيحته (١)"، وروى عن الإمام مالك- رضى الله عنه- أنه قال: من ترك الاختتان من غير عذر لم تجز إمامته ولا شهادته (٢).

وجه الدلالة:

أن من ترك الاختتان يكون تاركاً للواجب، بدليل عدم صحة صلاته ولا إمامته ولا شهادته، فيكون الاختتان واجباً.

(١) هذا الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس، راجع السنن الكبرى ج ١ ص ٣٢٥ كتاب الأثرية.

(٢) راجع قول الإمام مالك في المنتقى شرح الموطأ ج ٧ ص ٤٣٢.

اعترض على ذلك:

بأن هذا قول صحابي انفرد به، فلا يكون حجة مع وجود المخالف.

أجيب عن ذلك:

بأن الأئمة الأربعة احتجوا بأقوال الصحابة، ولم يحفظ عن واحد منهم ما يخالف قول ابن عباس.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلي:

١- إن ستر العورة واجب، فلو لا أن الختان واجب لم يجز هتك حرمة المختون بالنظر إلى عورته من أجله، ولأنه شعار المسلمين، فكان واجباً كسائر شعائرهم.

اعترض على ذلك:

بأنه يجوز أن تكشف العورة للمداواة، وقد تكون المداواة غير واجبة.

أجيب عن ذلك:

بأن كشف العورة لا يجوز لكل مداواة، وإنما يجوز في موضع يقول أهل العرف: إن المصلحة في المداواة راجحة على المصلحة في المحافظة على المروءة، وصيانة العورة، فلو لم يكن الختان واجباً لما كشفت العورة المحرم كشفها له (١).

(١) راجع أئمة المذهب الأول وما قيل فيه في المعنى لابن قدامة ج١ ص ٦٤، المجموع ج١ ص ٢٩٧ وما بعدها، كشف القناع ج١ ص ٨٠، للقوانين الفقهية ص ١٧٩ وما بعدها، فتح الرحمن بأحكام الختان للدكتور عبد الحسيب عبد السلام مجلة كلية أصول الدين بطنطا ج٢ ص ١٠٦٠ وما بعدها طبعة عام ١٩٩٧م.

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم بالسنة والمعقول، هالك بيان هذه الأدلة:
أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يلي:

١- قوله ﷺ "الفطرة خمس: الختان والاستحداق وقص الشارب وتقليم الأظفار ونتف الإبط (١)".
وجه الدلالة:

أن الحديث ذكر الختان ضمن خصال الفطرة، والفطرة معناها السنة القديمة، وهي أمور مسنونة، فيكون الختان مسنوناً أى غير واجب.

اعترض على ذلك:

إن الفطرة كما يقصد بها السنة القديمة يقصد بها الدين والشرعية، فلا ينهض الدليل على غير الوجوب.
أجيب عن ذلك:

بأن الحديث دل على قدم هذه الخصال، ولا يعنى أن كلها مسنونة، لأن الدليل قد قام على وجوب الختان، وهو ما ذكرناه فى أدلة المذهب الأول.

(١) هذا الحديث رواه البيهقي فى سنن من طريق ابن عمر: راجع السنن الكبرى للبيهقي ج١ ص ١٤٩ كتاب الطهارة باب من السنة الأخذ من الأظفار، سنن أبى داود ج١ ص ١٤٤ كتاب الطهارة باب السواك من الفطرة.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن الختان من شعائر الإسلام التي يفرق بها بين المسلم وغيره، كالتلبية وسوق الهدى وغيرهما، وهذه الأمور مسنونة فكان الختان سنة.

أجيب عن ذلك:

بأن الختان من شعائر الإسلام، فوجوبه من وجوب الوتر وزكاة الخيل، ووجوب الوضوء من فقهه في صلاته، وهذه الأمور واجبة، ووجوب الختان أقوى.

وفى هذا المعنى يقول ابن القيم: إن الختان من شعائر الإسلام، وهو علم الحنيفية ورأس الفطرة وعنوان الملة، وهو من عمل الحنفاء من لدن إبراهيم - عليه السلام - إلى سيدنا محمد ﷺ، وقد بادر إبراهيم - عليه السلام - به عندما أمره ربه وتوارثه الأنبياء من بعده، مما يدل على أنه من شعائر الإسلام الواجبة (١). هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان، وأدلة كل قول، أرى ترجيح مذهب من قال بأن الختان سنة مؤكدة للرجال والنساء جميعاً، وليس من الواجب، وهو مذهب الحنفية والمالكية، لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين لهم.

والله تعالى أعلى وأعلم

(١) راجع أدلة هذا المذهب وما قيل فيه في مواهب الجليل ج٣ ص ٢٥٨ وما بعدها، شرح الزرقاني على المختصر ج٣ ص ٤٧، المبسوط للسرخسي ج١٠ ص ١٥٦، من الفتاوى الهندية ج٥ ص ٣٥٧، المغني لابن قدامة ج١ ص ٦٤، للفقهاء الإسلاميين للدكتور وهبه الزحيلي ج١ ص ٣٠٦، وما بعدها، فتح الرحمن بأحكام الختان للدكتور عبدالحسيب عبد السلام ج٢ ص ١٠٦٦ بحث منشور بمجلة كلية أصول الدين بطنطا عام ١٩٩٧م، للفتاوى للقضية ص ١٧٩ وما بعدها.

"خاتمة نسأل الله حسنها"

وفي نهاية الطواف بهذا الموضوع- شرع من قبلنا عند الأصوليين دراسة وتطبيق- يتبين لي مايلي:

١- القول بجواز تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله عقلاً بأن يأمره الله تعالى بإتباع شرائعهم، ويجوز أن يتعبد بالاجتباب عنها، ولا امتناع في ذلك، فإنه لا يترتب على فرض وقوعه محال في العقل، وكل ما كان كذلك كان جائزاً.

٢- القول بجواز تعبد النبي ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة، لدلالة الأحاديث الصحيحة على ذلك، مثل ما رواه البخاري عن عائشة- رضى الله عنها- قالت "أول ما بدئ به رسول الله ﷺ الرؤيا الصالحة في النوم، فكان لا يرى رؤيا إلا جاءت، مثل فلق الصبح، ثم حبيب إليه الخلاء وكان يخلو بغار حراء فيتحنث فيه، وهو التعبد الليالي ذوات العدد قبل أن ينزع إلى أهله ويتزود لذلك(١)".

٣- إن الشرائع السماوية كلها واحدة في أصول الدين، مثل الإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله، واليوم الآخر، والقضاء والقدر، وغير ذلك من أصول العبادات التي لا تختلف فيها الشرائع، قال تعالى "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه(٢)".

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) سورة الشورى الآية ١٣.

٤- إن ما ثبت نسخه بشريعتنا فإنه لا يؤخذ به، وكذلك ما قام الدليل على أنه كان خاصاً بالأقوام السابقة، فإنه لا يسرى علينا حكمه اتفاقاً.

٥- إننا لا يمكن أن نتعرف على الأحكام في الشرائع السابقة إلا من المصادر الإسلامية، وهي الكتاب والسنة، أما ما علم بنقل أهل الكتاب فلا يعتبر حجة، لإخبار الله تعالى أنهم حرفوا الكتب وبدلوها.

٦- إن شرع من قبلنا ليس في حد ذاته دليلاً مستقلاً، بل هو راجع إلى الكتاب والسنة، ولا يعمل به إلا إذا قصه الله تعالى علينا. أو جاء على لسان رسول الله ﷺ من غير إنكار، ولم يرد في شرعنا ما يدل على نسخة أو رفعه عنا، يكون عندئذٍ شرعاً لنا ويلزمنا العمل به.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لي كتابته في هذا البحث، وقد بذلت في إعدادهِ وتنسيقه أقصى الجهد. وغاية الطاقة، فإن أك وفقت ولو بعض الشيء فهذا فضل الله يؤتيه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكن الأخرى فعذري أني بشر، والعصمة لله وحده، والله در العماد الأصفهاني القائل: "إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأُمي وعلى آله وصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إعداد

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

الفهرس العام للبحث ويشتمل على :

- ١- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.
- ٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
- ٣- فهرس الآثار.
- ٤- فهرس المراجع.
- ٥- فهرس الموضوعات.

أولاً : فهرس الآيات القرآنية للكرامة

سورة البقرة

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستند
٦٠٢	٥٤	فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم	١
		ومن يرغب عن ملة إبراهيم إلا من سفه نفسه.....	٢
٦١٣	١٣٠	وقالوا كونوا هوداً أو نصارى تهتدوا	٣
٦١٦	١٣٥	فول وجهك شطر المسجد الحرام.....	٤
٥٩٩	١٤٤	يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم	٥
٦٩٧	١٧٨	القصاص في القتلى.....	٦
		ولكم في القصاص حياة يا أولى	٦
٦٩٩	١٧٩	الآلئاب لعلمكم تتقون.....	٧
٦٠٤	١٨٣	يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام.	٧
		فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل	٨
٦٢٠	١٩٤	ما اعتدى.....	٩
		وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن	٩
٦٦٣	٢٣٣	بالمعروف.....	

سورة آل عمران

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستند
		قل صدق الله فاتبعوا ملة إبراهيم	١
٧٣٧	٩٥	حنيفاً.....	
٦١٦	٥٠	ولأحل لكم بعض الذي حرم عليكم...	٢

تابع فهرس الآيات

سورة آل عمران

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
٣	لم تحاجون في إبراهيم وما أنزلت التوراة.....	٦٥	٦١٦
٤	ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه.....	٨٥	٦١٥

سورة النساء

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	فانكحوا ما طاب لكم من النساء.....	٣	
٢	ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف.....	٢٢	٦٧٠
٣	أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين.....	٢٤	٦٦٥
٤	فإذا أحسن فإن آتين بفاحشة مينة....	٢٥	٦٩٣
٥	من الذين هادوا يحرفون الكلم عن مواضعه.....	٤٦	٦٠٥
٦	إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح....	١٦٣	٦٠٩

تابع فهرس الآيات

سورة المائدة

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مسلسل
٦٠٥	٤٦	ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون.....	١
٦٠٤	٣٢	من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا.....	٢
٥٨٤	٤٤	إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون.....	٣
٥٨٤	٤٤	ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون.....	٤
٦٠٤	٤٥	وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس....	٥
٥٨٨	٤٨	ولكل جعلنا منكم شريعة ومنهاجا.....	٦

سورة الأنعام

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مسلسل
٦٧٩	١٩	قل أى شئ أكبر شهادة قل لله.....	١
٦٠٧	٩٠	أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده....	٢
٦٠٣	١٤٦	وعلى الذين هادوا حرمنا عليهم كل ذى ظفر.....	٣
٦٣٩	١٦١	قل إئتني هدأتى ربي إلى صراط مستقيم.....	٤

تابع فهرس الآيات

سورة الأنعام

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	قُلْ إِنْ صَلَاتِي وَنَسْكَى وَمَحْيَاى وَمَمَاتِى لِلّهِ.....	١٦٣	٦٣٨

سورة الأعراف

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ...	٨١، ٨٠	٦٨٢
٢	فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ.....	٨٥	٧٣٧
٣	لَنُخْرِجَنَّكَ يَا شُعَيْبُ وَالَّذِينَ آمَنُوا مَعَكَ.	٨٨	٧٣٧

سورة يونس

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	فَكَفَى بِاللّهِ شَهِيدًا بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ.....	٢٩	٦٧٩

سورة هود

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهَا حِجَابًا مِنْ سَجِيلٍ مَنْضُودٍ.....	٨٢	٦٨٤

تابع فهرس الآيات

سورة يوسف

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	إني تركت ملة قوم لا يؤمنون بالله...	٣٧	٧٣٧
٢	قال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موقفاً من الله.....	٦٦	٧٢١
٣	ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم.	٧٢	٧٠٦
٤	قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده.....	٧٩	٧٢٢

سورة النحل

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً.....	١٢٣	٦١٢

سورة الإسراء

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق.....	٣١	٦٤٥

سورة الكهف

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	فوجدنا فيها جداراً يريد أن يتقض فلقامه.....	٧٧	٧٢٥

تابع فهرس الآيات

سورة طه

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	وأقم الصلاة لذكرى.....	١٤	٦٢١

سورة الأنبياء

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث..	٧٨	٦٥٧
٢	وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين.....	١٠٧	٥٨٨

سورة النور

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا..	٤	٦٩٣

سورة الشعراء

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	لها شرب ولكم شرب يوم معلوم.....	١٥٥	٦٠٩

سورة القصص

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين.....	٢٧	٦٦٢
٢	والله على ما نقول وكيل.....	٢٨	٦٧٥
٣	فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله..	٢٩	٦٦٣

تابع فهرس الآيات

سورة الأحزاب

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها..	٣٧	٦٧٠
٢	خالصة لك من دون المؤمنين.....	٥٠	٦٧٠

سورة الصافات

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	يا بني إني أرى في المنام أني أذبحك..	١٠٢	٦٤٥
٢	وفديناه بذبح عظيم.....	١٠٧	٦٣٥

سورة ص

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث.....	٤٤	٦٤٩

سورة الزمر

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	قل يا عبادي الذين أسرفوا على أنفسهم.....	٥٣	٦٠٣

سورة الشورى

مسلسل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١	شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً.	١٣	٦١١

تابع فهرس الآيات

سورة القمر

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مسل
٦٠٩	٢٨	ونبينهم أن الماء قسمة بينهم.....	١
٦٨٤	٣٤	إنا أرسلنا عليهم حاصباً.....	٢

سورة الكوثر

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مسل
٦٣٩	٢	فصل لربك واتحر.....	١

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث	مسلم
٥٩٦	أول ما بدئ به رسول الله صلى الله عليه وسلم الرؤيا.....	١
٥٩٧	عفاقة صلى الله عليه وسلم لحم للضب.....	٢
٦١٦	الأنبياء إخوة من علات وأمهاتهم شتى ودينهم واحد.....	٣
٦١٨	جاءت اليهود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلاً.....	٤
٦١٩	القصاص كتاب الله.....	٥
٦١٩	إن من عباد الله ما لو أقسم على الله لأبره....	٦
٦٢٢	أنا أولى بموسى منكم فصامه وأمر بصيامه...	٧
٦٢٧	كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قال أقضى بكتاب الله.....	٨
٦٢٩	لو كان موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي.....	٩
٦٢٩	اعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي.....	١٠
٦٣٦	إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي.....	١١
٦٣٦	ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم الوتر والضحي والأضحى.....	١٢
٦٣٩	يا فاطمة قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر الله.....	١٣

تابع فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث	مسلسل
٦٤٠	من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلتنا.....	١٤
٦٤١	ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم.....	١٥
٦٤١	على أهل كل بيت في كل عام أضحية.....	١٦
٦٤٢	من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن لم يذبح فليذبح على.....	١٧
٦٤٣	لا نذر في معصية الله.....	١٨
٦٤٦	النذر يمين وكفارته كفارة يمين.....	١٩
٦٤٥	أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك.....	٢٠
٦٤٨	من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه.....	٢١
٦٥٤	أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا له مائة شمراخ.....	٢٢
٦٥٨	إن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي ضامن.....	٢٣
٦٥٩	العجماء جرحها جبار.....	٢٤
٦٦٤	أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق قيل وما العلائق يا رسول الله.....	٢٥
٦٦٩	قد ملكتها بما معك من القرآن.....	٢٦
٦٧٠	استحللتم فروجهن بكلمة.....	٢٧
٦٧٦	لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.....	٢٨

تابع فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث	مسلسل
٦٧٧	لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين.....	٢٩
٦٧٧	البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة أى شهود.....	٣٠
٦٧٨	أن رجلاً من بنى اسرائيل سأل بعض بنى اسرائيل أن يسلفه ألف دينار.....	٣١
٦٧٩	أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف.....	٣٢
٦٨٢	لعن الله من عمل عمل قوم لوط ثلاثة.....	٣٣
٦٨	من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به.....	٣٤
٦٨٦	من وضع حداً في غير حد فقد تعدى وظلم....	٣٥
٦٨٦	إذا جاء الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة.....	٣٦
٦٩٢	من أشرك بالله فليس بمحصن.....	٣٧
٦٩٣	دعها فإنها لا تحصنك.....	٣٨
٦٩٩	كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان.....	٣٩
٧٠٠	قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار....	٤٠
٧٠٣	لو أن أهل السماء والأرض اشتركوا في دم مؤمن.....	٤١

تاليع فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث	مسلم
٧٠٨	ما أدراك إنها رقية خذوها واضربوا الى فيها بسمهم.....	٤٢
٧١٢	التيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر....	٤٣
٧١٤	يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي وإنما أردت أن أعلم الناس.....	٤٤
٧١٧	الزعيم غارم.....	٤٥
٧٢٦	إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثمانى حجج أو عشرأ على عفة.....	٤٦
٧٢٦	ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر.....	٤٧
٧٣٣	أختن إبراهيم عليه السلام بالقدوم وهو ابن ثمانين سنة.....	٤٨
٧٣٧	ألق عنك شعر الكفر واختن.....	٤٩
٧٤٠	لفطرة خمس الختان والاستحدا وقصص الشارب.....	٥٠

ثالثاً : فهرس الآثار

رقم الصفحة	الآثار	مسلسل
٦٣٧	إن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان مخافة أن ترى.....	١
٦٤٧	قول ابن عباس لا تتحرى ابنك وكفرى عن يمينك.....	٢
٦٨٦	قول ابن عباس البكر يوجد على اللوطية قال يرجم.....	٣
٧٣٨	قول ابن عباس من ترك الاختتان لم تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته.....	٤
٧٣٨	قول الإمام مالك: من ترك الاختتان لم تجز امامته ولا شهادته.....	٥

رابعاً : أهم المراجع

أ - القرآن الكريم - علومه :

- ١- الجامع لأحكام القرآن الكريم : للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصاري القرطبي، المتوفى سنة ٦٧١هـ، ط دار الغد العربي، نشر دار الكتاب العربي بالقاهرة.
- ٢- أحكام القرآن الكريم تأليف الإمام حجة الإسلام، أبي بكر بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.
- ٣- أحكام القرآن الكريم لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق على محمد البجاوي طبعة دار الفكر العربي.

ب- كتب الحديث وعلومه :

- ١- بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ، شهاب الدين أبي الفضل بن حجر العسقلاني، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- ٢- التعليق المغني: علي الدارقطني، تأليف للمحدث العلامة أبي الطيب شمس الدين تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، مطبعة دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.
- ٣- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ الناشر الكليات الأزهرية.
- ٤- الجامع للصغير : في أحاديث البشير النذير تأليف الإمام الحافظ خدام السنة وقامع البدعة، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ، طبع على نفقة حسن علي حسن زكي.

- ٥- سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، مطبعة دار الحديث بالقاهرة.
- ٦- سنن الدار قطني: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير علي بن عمر لدارقطني، المتوفى سنة ٣٨٥هـ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.
- ٧- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧هـ تحقيق وتعليق، محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ٨- سنن الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه المتوفى سنة ٢٩٥هـ، تحقيق الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة دار احياء التراث العربى.
- ٩- سنن أبي داود الإمام الحافظ المصنف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المتوفى سنة ٢٧٥هـ تحقيق محمد محيى الدين الناشر ، دار احياء السنة النبوية.
- ١٠- سنن الدارمي: للإمام أبي محمد عبد الله بن الدارمي: مطبعة دار الفكر ، بيروت ، لبنان.
- ١١- سبل السلام تأليف الإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعائي المعروف بالأميز : مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- ١٢- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ : مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان.
- ١٣- صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ، مطبعة نهضة مصر.

- ١٤- صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، بشرح للكرماني، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ١٥- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين التتوي، مطبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١٦- فتح الباري: بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ١٧- الفردوس بمأثور الخطاب للديلمي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ١٨- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني المتوفى سنة ١١٦٢هـ، تحقيق أحمد القلاش الناشر مكتبة التراث الإسلامي.
- ١٩- مسند الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة دار صادر، بيروت، لبنان.
- ٢٠- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيتمي، للمتوفى سنة ٨٠٧هـ، بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر: مطبعة القدس بالقاهرة.
- ٢١- المعجم الكبير للطبراني: للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المتوفى سنة ٣٦٠هـ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، مطبعة التنوعية الإسلامية.
- ٢٢- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة، مطبعة إحياء التراث العربي، عيسى البابي الحلبي.

٢٣- المستدرك على الصحيحين، للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم للنيسابوري، وبذيله تلخيص الحافظ للذهبي مطبعة دار المعرفة، بيروت لبنان.

٢٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار تأليف الشيخ الإمام محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأخيرة، مطبعة البابي الحلبي، بمصر.

٢٥- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، مطبعة دار المأمون بشبرا، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

ج- كتب اللغة :

١- القاموس المحيط، تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٧١هـ، ١٩٥٢م.

٢- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور، طبعة دار المعارف.

٣- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، تحقيق محمد خاطر، للنشر دار الحديث.

٤- المصباح المنير: في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.

د - كتب أصول الفقه :

- ١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تأليف محمد ابن علي بن محمد للشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ، مطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر.
- ٢- أصول السرخسي: للإمام أبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، تحقيق أبي الوفا الأفتاني، مطبعة دار المعرفة، بيروت ، لبنان.
- ٣- أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العنين بدران، مطبعة مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.
- ٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبد الحميد أبو المكارم، الناشر دار المسلم ببورسعيد.
- ٥- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي تأليف شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي وولده تاج الدين السبكي، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل : الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٦- الإحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأنلس الظاهري: مطبعة العاصمة حسين حجازي.
- ٧- الإحكام في أصول الأحكام للأمدى سيف الدين أبي الحسن علي الأمدى : الناشر دار الحديث.
- ٨- الآيات للبينات لأحمد بن قاسم العبادي الشافعي.
- ٩- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين ، تحقيق الدكتور عبد العظيم محمود الديب ، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ ، مطبعة دار الوفاء للطباعة بالمنصورة.

- ١٠- بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين ، تأليف الدكتور/ محمد السعيد علي عبد ربه ، مطبعة السعادة ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
- ١١- تيسير التحرير للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بلاشاه الحسيني الحنفي الخراساني المتوفى سنة ٨٦١هـ، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١٢- تخريج الفروع على الأصول للإمام أبي المنائب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني المتوفى سنة ٦٥٦هـ ، تحقيق الدكتور/ محمد أنيب صالح الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان.
- ١٣- تقرير العلامة للمحقق والفهامة المدقق الشيخ عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان.
- ١٤- التلويح على التوضيح لشرح متن التتقيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧هـ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.
- ١٥- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسفندي المتوفى سنة ٧٧٢هـ، تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو، ط مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ.
- ١٦- حاشية العلامة سعد الدين التفتازاني، المتوفى سنة ٧٩١هـ على شرح للقاضي عضد الملة والدين : الناشر الكليات الأزهرية.
- ١٧- حاشية العطار: للإمام حسن العطار على شرح جلال الدين المحلى على جمع الجوامع للإمام ابن السبكي: مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.

- ١٨- حاشية العلامة البناني: على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع لابن السبكي : مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، الطبعة الثانية ١٣٥٦هـ.
- ١٩- روضة الناظر وجنة المناظر على مذهب الإمام أحمد بن حنبل شيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر الكليات الأزهرية.
- ٢٠- شرح البخشى: المسمى بمنهاج العقول للإمام محمد بن الحسن البخشي وهو شرح لمنهاج للوصول في علم الأصول للبيضاوي: مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.
- ٢١- شرح القاضي، عضد الملة والدين، المتوفى سنة ٧٥٦هـ مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر ، الكليات الأزهرية.
- ٢٢- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول: للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، منشورات الكليات الأزهرية، دار الفكر.
- ٢٣- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف عني متن المنار للإمام أبي البركات النسفي، مطبعة دار التعدادات، ١٣١٥هـ.
- ٢٤- شرح نور الأنوار على المنار: لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاحيون بن أبي سعيد الحنفي، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- ٢٥- فوائح الرحموت للعلامة عبد العلى بن نظام الدين الأنصارى
بشرح مسلم للثبوت للشيخ محب الدين بن عبد الشكور. مطبعة
دار الفكر، للطباعة والنشر.
- ٢٦- فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول
المنار: تأليف زين الدين لشهير بابن نجيم الحنفى ، مطبعة
مصطفى البابى الحلبي بمصر.
- ٢٧- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى، تأليف
الإمام أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ، للنشر: دار الكتاب
الإسلامى بالقاهرة.
- ٢٨- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن
أحمد المعروف بالنسفى المتوفى سنة ٧١٠هـ، مطبعة دار
الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٢٩- اللمع فى أصول الفقه: تأليف الإمام الشيرازى المتوفى سنة
٤٧٦هـ، مطبعة البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ٣٠- مختصر المنتهى الأصولى: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكى
المتوفى سنة ٦٤٦هـ، للنشر ، للكتبات الأزهرية.
- ٣١- المستصفى من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبى حامد
محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ، مطبعة دار الفكر
للطباعة والنشر.
- ٣٢- المنحول للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى: المتوفى
سنة ٥٠٥هـ ، تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو: مطبعة دار
الفكر العربى بدمشق.
- ٣٣- المعتمد فى أصول الفقه تأليف: أبى الحسين البصرى المعتزلى
المتوفى سنة ٤٣٦هـ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٤- المحصول في علم الأصول: للإمام فخر الإسلام الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٤٠٨هـ.

٣٥- نزهة الخاطر العاطر: للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الرومي الدمشقي ، الناشر الكليات الأزهرية.

٣٦- نهاية السؤل، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.

٣٧- بديع النظام لابن الساعاتي، تحقيق الدكتور/ محمد آق قيا، رسالة بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، رقم ١١١١.

٣٨- المسودة في أصول الفقه لابن تيمية ، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر.

هـ - كتب الفقه :

١- الأم: تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تأليف الإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ، مطبعة الإمام بالقاهرة.

٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ: الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد، مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٥- تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

- ٦- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، مطبعة دار الحديث، بيروت، لبنان.
- ٧- حاشية النسوقى على الشرح الكبير للدريزى، مطبعة عيسى البابى الحلبي.
- ٨- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف العلامة الدريزى، مطبعة دار المعارف بمصر.
- ٩- الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي مطبعة دار الفكر.
- ١٠- حاشية ابن عابدين، مطبعة البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١١- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١هـ على الهداية شرح بداية المبتدى، مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٢- قوانين الأحكام الشرعية لابن حزى المالكي، مطبعة عالم الفكر بمصر، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ١٣- للباب فى شرح الكتاب: تأليف عبد الغنى الدمشقى الحنفى تحقيق محمود أمين، مطبعة دار الحديث، بيروت، لبنان.
- ١٤- المجموع شرح المذهب: للإمام زكريا محيى الدين النوى المتوفى سنة ٦٧٦هـ، مطبعة دار الفكر.
- ١٥- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج، شرح محمد الشريبي على متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النوى، مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٦- المبسوط: لشمس الدين السرخسى، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

- ١٧- المحلي: تصنيف الإمام ابن حزم للمتوفى سنة ٤٥٦هـ، مطبعة دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان.
- ١٨- المغنى لابن قدامة المقدسى الحنبلى، مطبعة دار الكتاب العربى.
- ١٩- مواهب الجليل: لشرح مختصر خليل، مطبعة دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م.
- ٢٠- الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الإسلام أبى الحسن على ابن أبى بكر الرشدانى المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ، مطبعة البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ٢١- المختصر النافع فى فقه الإمامية، مطبعة وزارة الأوقاف.
- ٢٢- الشرح الصغير للدريز، مطبعة دار المعارف.

خامساً: فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	مسلسل
٥٨٤	المقدمة	١
٥٨٧	خطّة البحث	٢
٥٨٨	المبحث الأول: في التعريف بشرع من قبلنا...	٣
	المبحث الثاني: في تعبد النبي صلى الله عليه	٤
٥٩٠	وسلم بشرع من قبله	
٥٩٠	مذاهب العلماء	٥
٥٩١	الأدلة	٦
٥٩١	أدلة المذهب الأول	٧
٥٩١	أدلة المذهب الثاني	٨
	المبحث الثالث: في تعبد النبي صلى الله عليه	٩
٥٩٣	وسلم بشرع من قبله قبل البيعة	
٥٩٣	مذاهب العلماء	١٠
٥٩٥	الأدلة	١١
٥٩٥	أدلة للمذهب الأول	١٢
٥٩٩	أدلة المذهب الثاني	١٣
	المبحث الرابع: في تعبد النبي صلى الله عليه	١٤
٦٠٢	وسلم وأمته بشرع من قبلهم بعد البيعة	
٦٠٤	مذاهب العلماء	١٥
٦٠٧	أدلة المذهب الأول	١٦
٦٢٥	أدلة المذهب الثاني	١٧

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	مسلسل
٦٣٣	أدلة المذهب الثالث.....	١٨
٦٣٤	المبحث الخامس: في أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا في الفقه الإسلامي وفيه مسائل.....	١٩
٦٣٤	المسألة الأولى : في الأضحية.....	٢٠
٦٤٣	المسألة الثانية: فيمن نذر أن يذبح ولده أو نحره.....	٢١
٦٤٩	المسألة الثالثة: فيمن حلف ليضربن زيدا أو امرأته.....	٢٢
٦٥٦	المسألة الرابعة: في ضمان ما تفسده المواشي والدواب.....	٢٣
٦٦٠	المسألة الخامسة: في جعل المنفعة مهراً.....	٢٤
٦٦٧	المسألة السادسة: في ألفاظ النكاح.....	٢٥
٦٧٥	المسألة السابعة: في وجوب الإشهاد في النكاح.....	٢٦
٦٨٢	المسألة الثامنة: في حكم من فعل فعل قوم لوط.....	٢٧
٦٩١	المسألة التاسعة: في الإسلام ليس شرطاً في الإحصان.....	٢٨
٦٩٧	المسألة العاشرة: في قتل الذكر بالأنثى.....	٢٩

تابع فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	مستسل
٧٠٢	المسألة الحادية عشرة: في قتل الجماعة بالواحد	٣٠
٧٠٦	المسألة الثانية عشرة: في الجعل والجعالة.....	٣١
٧١٠	المسألة الثالثة عشرة: في اجبار البكر البالغة على الزواج.....	٣٢
٧١٦	المسألة الرابعة عشرة: في صحة ضمان المجهول.....	٣٣
٧١٩	المسألة الخامسة عشرة: في الكفالة بالنفس.....	٣٤
٧٢٤	المسألة السادسة عشرة: في مشروعية الإجارة.	٣٥
٧٢٩	المسألة السابعة عشرة: في حكم جهالة العمل في الإجارة.....	٣٦
٧٣٣	المسألة الثامنة عشرة: في حكم الختان.....	٣٧
٧٤٢	المسألة التاسعة عشرة: في حكم الختان.....	٣٨
٧٤٥	المسألة العاشرة: في حكم الختان.....	٣٩
٧٤٦	فهرس الآيات القرآنية.....	٤٠
٧٥٤	فهرس الأحاديث النبوية.....	٤١
٧٥٨	فهرس الآثار.....	٤٢
٧٥٩	فهرس المراجع.....	٤٣
٧٧٠	فهرس الموضوعات.....	٤٤

تم الانتهاء من إعداد هذا البحث بتوفيق الله في تمام

الأول من رمضان ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

رقم الإيداع ٩٩ / ١٨٢١

التقييم الدولي I.S.B.N

٩٧٧-٥٥٣٢-٨٠-٩



كلية الشريعة والقانون بأسسيوط

حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى عند الأصوليين

دراسة وتطبيق

إعداد
أ.م.م

د. / محمد مصطفى أحمد

مدرس أصول الفقه

١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا
الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

أحمدك اللهم حمد الشاكرين، وأسألك السداد والتوفيق واليقين، وأصلي وأسلم على أحب خلقك إليك من النبيين، سيدنا محمد الهادي الأمين، إمام المجتهدين، المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن سلك طريقته إلى يوم الدين.

أما بعد

فإن خبر الواحد حجة من حجج الشرع؛ وذلك للنصوص العديدة الواردة في كتاب الله - تعالى - التي تدل على حجية السنة، وجوب الرجوع إليها في تشريع الأحكام من غير تفرقه بين المنقول منها بطريق التواتر والآحاد.

إلا أنه نظراً لكثرة رواية الحديث، ووجود من يوثق في روايته ومن لا يوثق في روايته: نجد أن أئمة المذاهب الفقهية المعروفة القائلين بوجوب العمل بخبر الواحد لم يقبلوا العمل به إلا بقيود وشروط،

هذه الشروط منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف

فيه.

والذي يهمنا هنا من هذه الشروط المختلف فيها: ما ذكره عامة الحنفية، وهو: ألا يكون الحديث وارداً في أمر يتكرر وقوعه أمام الناس ويحتاج الكثير إلى معرفة حكمه. وهو ما يعبر عنه في كتب الأصول بما تعم به البلوى.

أى الأمر الذى يكثر وقوعه أمام الناس ويشتهر، مثل نقض الوضوء بمس الذكر، ورفع اليدين فى الصلاة عند الركوع والرفع منه.

حيث نجد على سبيل المثال أن الحنفية لم يعملوا بحديث نقض الوضوء بمس الذكر، ولا بحديث رفع اليدين عند الركوع فى الصلاة، ويقولون: إن الأحاديث الواردة فى هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى؛ لأن مس الذكر ورفع اليدين عند الركوع فى الصلاة من الأمور التى يكثر وقوعها، والحكم فيها يحتاج إليه الكل حاجة متأكدة، وما تعم الحاجة إليه ينبغى أن يكثر ناقلوه ويتواتر؛ لعموم الحاجة إليه، فإذا لم يتواتر فهو باطل.

ولكن الناظر فى أصول غير الحنفية: يجد أن الحنفية قد أخذ عليهم قولهم بخبر الواحد فى أمور تعم بها البلوى، حيث أثبتوا الوضوء من القهقهة والحجامة والفصادة باخبار آحاد، مع أن هذه الأمور مما تعم بها البلوى، وكذلك الوضوء من القيء والرعاف ونحو ذلك.

لذا ينبغى بيان ضابط عموم البلوى هذا، وتحقيق مذهب الحنفية فى ذلك، خاصة وأن مجموع الأصوليين والفقهاء غالباً ما ينكرون فروعاً فقهية ويشيرون إلى أنها مما تعم به البلوى، دون تحديد لماهيتيه، أو إشارة إلى ضوابطه.

لكل هذا كان موضوع خبر الواحد فيما تعم به البلوى من الموضوعات الجديرة بالبحث والاهتمام: من أجل بيان الأقوال، والأدلة، والمناقشة، والترجيح، وتطبيق خلاف الأصوليين فى

حجية خبر الواحد على بعض فروع الفقه الإسلامي؛ لبيان أثر هذا الخلاف في اختلاف الفقهاء في أحكام تلك الفروع. هذا، وقد خطت لبحثي هذا، فجعلته في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

أما المقدمة: ففي بيان خطة البحث وأهميته.
وأما المبحث الأول: ففي تعريف خبر الواحد.
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في تعريف الخبر لغة.
المطلب الثاني: في تعريف الواحد لغة.

المطلب الثالث: في تعريف خبر الواحد اصطلاحاً.
وأما المبحث الثاني: فقد عقدته لبيان حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في بيان ضابط عموم البلوى.
المطلب الثاني: في أقوال العلماء، وتحقيق مذهب الحنفية.
المطلب الثالث: في الأدلة.

وأما المبحث الثالث: ففي تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف في حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى في اختلاف الفقهاء.
وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: نقض الوضوء بمس للذكر.
المطلب الثاني: الجهر بالبسملة في قراءة الفاتحة في الصلاة.

المطلب الثالث: رفع اليدين عند الركوع والرفع منه
المطلب الرابع: ثبوت رؤية هلال رمضان بشهادة الواحد.

المطلب الخامس: ثبوت خيار المجلس في عقد البيع.
أما الخاتمة: فقد بينت فيها أهم ما استبان لى من هذا البحث.
هذا، والناظر فى بحثى يرى صدق قولى، فإن يكن صواباً
فمن الله، وإن كانت الأخرى فمنى ومن الشيطان، والله ورسوله
منه بريئان.

د/ مدحت مصطفى أحمد

المبحث الأول

في تعريف خبر الواحد لغة واصطلاحاً

خبر الواحد مركب إضافي من كلمتين: "خبر" و "واحد" وتعريفه يستدعي أن نعرف كلاً من خبر وواحد؛ لأن المركب الإضافي لا بد فيه من معرفة المضاف والمضاف إليه، إذ كل كلمة تدل على معناها.

هذا قبل أن يجعل علماً ولقباً.

أما إذا جعل علماً ولقباً، فيكون مفرداً لا يدل جزؤه على جزء معناه، فكلية "خبر" وحدها لا تدل على شيء، كما أن كلمة "الواحد" وحدها لا تدل على شيء، وإنما الذي يدل على المعنى المقصود هو مجموع الكلمتين.

وعليه: فإن هذا المبحث فيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: في تعريف الخبر لغة.

المطلب الثاني: في تعريف الواحد لغة.

المطلب الثالث: في تعريف خبر الواحد اصطلاحاً.

المطلب الأول

في تعريف الخبر لغة

الخبر في اللغة: النبأ، وجمع الخبر أخبار، وجمع الجمع أخابير، وهو مشتق من الخبر، وهي الأرض الرخوة، لأن الخبر يثير الفائدة، كما أن الأرض الخبر تثير الغبار إذا قرعها الحافر ونحوه^(١).

وللخبر صيغة موضوعة في اللغة تدل عليه، وهي قوله: "زيد في الدار" وزيد قائم؛ وذلك لأن أهل اللغة قسموا الكلام إلى أربعة أقسام: أمر، ونهى، وخبر، واستخبار.

وقالت المعتزلة: لا صيغة للخبر؛ لأن صيغة الخبر قد ترد ولا تكون خبراً: بأن ترد من النائم والساهي، وقد ترد وتكون أمراً، مثل: قوله تعالى: والوالدات يرضعن أولادهن^(٢) وإنما يدل اللفظ عليه بقرينة، وهي قصد المخبر إلى الإخبار^(٣) هذا، وقد بين الآمدي^(٤) في الأحكام ما يطلق عليه الخبر، فقال: أما حقيقة الخبر: فأعلم أولاً أن أسم الخبر قد يطلق على

(١) راجع: لسان العرب لابن منظور ١٠٩٠/٢، المصباح المنير للفيومي ١٦٦/١، مختار الصحاح لإبي بكر الرزقي ص ١٦٨.

(٢) من الآية ٢٢٣ من سورة البقرة.

(٣) راجع المعتمد لأبى الحسين البصري ٧٣/٢، بذل للتظنر للاسمندى ص ٣٦٨، شرح تنقيح الوصول للقرافي ص ٣٤٨.

(٤) هو أبو الحسن علي بن أبي علي محمد الآمدي، من مؤلفاته منتهى السؤل، وإيكار الأفكار، والأحكام في أصول الأحكام، توفي سنة ٦٣١هـ راجع شذرات الذهب ١٤٤/٥، الفتح المبين للمراغي ٧٥/٢.

الإشارات الحالية والدلائل المعنوية، كما في قولهم: عيناك تخبر بكذا والغراب يخبر بكذا، ومنه قول الشاعر^(١):

وكم لظلام الليل عندك من يد تخبر أن الماتوية تكذب^(٢)
وقد يطلق على قول مخصوص، لكنه مجاز في الأول
وحقيقة في الثاني؛ بدليل تبادره إلى الفهم من إطلاق لفظ الخبر
لأن من وصف غيره بأنه أخبر بكذا لم يسبق إلى فهم السامع إلا
القول^(٣).

والغالب إنما هو اشتهاه استعمال اللفظ في حقيقته دون مجازه.

ثم القول المخصوص^(٤) قد يطلق على الصيغة، كقول
القاتل: قام زيد، وقعد عمرو^(٥)، وقد يطلق على المعنى القائم
بالنفس المعبر عنه بالصيغة^(٦).

(١) وهو: أبو الطيب المتنبى: أحمد بن الحسن الجعفي الكندي، الشاعر المعروف
بالمتنبى، توفي سنة ٣٥٤هـ.

وفيات الأعيان ١٠٢/١، حسن المحاضرة للسيوطي ٥٦٠/١.

(٢) راجع: ديوان المتنبى ١٧٦/١، وما بعدها، الإحكام في أصول الأحكام للأمدى
٢/٢.

(٣) راجع: للحصول للإمام الرازي ١٠٥/٢، للمعتمد لأبي الحسين البصري ٧٣/٢
بذل النظر للأصمدي ص ٣٦٨، إرشاد القحول للشوكاني ص ٤٢.

(٤) أي الخبر هنا، الذي هو نوع مخصوص من القول.

(٥) ويكون قسماً من الكلام اللساني.

(٦) ويكون قسماً من الكلام النفساني.

قال الأمدى : والأشبه^(١) أنه -أى الخبر- فى اللغة حقيقة فى الصيغة لتبادرها إلى الفهم من إطلاق لفظ الخبر^(٢).

المطلب الثانى

فى تعريف الواحد لغة

الواحد: هو المتفرد، ولذا قال علماء اللغة: الأحد بمعنى الواحد وهو يرادف الأحد فى موضعين:

الموضع الأول: الأحد والواحد اسمان لله -تعالى-

فيقال هو الواحد، وهو الأحد، غير أن اسم الأحد خاص بالله عز وجل، فلا يجوز أن ينعت به سواه تبارك وتعالى.

والواحد: يجوز أن ينعت به غير الله -تعالى- فنقول: هذا شئ واحد، ورجل واحد، ولا يجوز أن نقول: شئ أحد، ورجل أحد.

الموضع الثانى: أسماء العدد،

فيقال: أحد وعشرون، وواحد وعشرون.

غير أن الواحد يستعمل فى الإثبات، فنقول: فى البيت واحد أوجاء واحد.

والأحد يستعمل بعد النفى ولا يستعمل مع الإثبات، فنقول: ما جئنى أحد، أو لا أحد^(٣).

(١) قوله والأشبه: إشارة إلى أن إطلاق القول: "بأن التبادر إلى الفهم من لفظ الخبر حقيقة فى القول المخصوص، وأنه علامة للحقيقة" ليس بمسلم به، فقد قال شيخ الإسلام زكريا الأنصارى: بأن مطلق التبادر ليس علامة للحقيقة، بل علامتها للتبادر الحاصل بالصيغة وإلا لا تنقضى بالحاصل بكثرة الاستعمال؛ لأنه وجد فى المجاز مع أنه ليس بحقيقة.

حاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع ١٠٥/٢، بحوث فى السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود فرغى ٨٠٧/٢.

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام للأمدى ٣/٢/٢ وراجع المستصفى للغزالي ١٣٢/١، العدة لأبى يعلى ٨٤٠/٣، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٢٩٧/٢، شرح تنقيح الفصول للقرافى ٣٤٨.

(٣) راجع: لسان العرب ١/ ٣٥ ، مختار الصحاح ٧، ٧١٢ المصباح المنير ٦٥٠/١.

المطلب الثالث

في تعريف خبر الواحد اصطلاحاً

يرى جمهور العلماء، أن السنة تنقسم بإعتبار روايتها إلى قسمين:

سنة متواترة، وأحادية،

وقد تبع الجمهور في هذا التقسيم من الحنفية. الجصاص وآخرون.

أما جمهور الحنفية: فيرون تقسيم السنة إلى ثلاثة أقسام: سنة متواترة، وسنة مشهورة، وسنة أحادية.

لذا وجب أن نعرف خبر الأحاد على رأى الجمهور، كما نعرفه على رأى غير الجمهور، لنرى اتجاه كل في ذلك، فنقول: بناء على مذهب الجمهور:

عرفه الأمدى في الإحكام بقوله: خبر الأحاد: ما كان من الأخبار غير منته إلى حد التواتر^(١).

وعرفه ابن الحاجب^(٢) في مختصره بقوله:

خبر الواحد ما لم ينته إلى التواتر^(٣).

(١) راجع: الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ٣١/٢.

(٢) هو العلامة جمال الدين أبو عمرو: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردى الإسنائى، من مؤلفاته: منتهى السؤل والأمل، الكفاية فى النحو، مختصر المنتهى، توفي سنة ٦٤٦هـ...

بغية الوعاة لليسوطى ١٣٤/٢، شجرة النور الزكية ص ١٦٧.

(٣) راجع: مختصر المنتهى بشرح المعتمد لابن الحاجب ٥٥/٢.

وعرفه الشيخ أبو إسحاق الشيرازي^(١) في اللمع بقوله:
وأعلم أن خبر الواحد ما انحط عن حد التواتر^(٢).
وعرفه القرافي^(٣) في شرح تنقيح الفصول بقوله: هو خبر
العدل الواحد أو العدول المفيد للظن^(٤).
وعرفه الغزالي^(٥) في المستصفى بقوله: اعلم أنا نريد
بخبر الواحد في هذا المقام مالا ينتهي من الأخبار إلى حد التواتر
المفيد للعلم، فما نقله جماعة من خمسة أو ستة مثلاً فهو خبر
الواحد^(٦).
وعرفه ابن السبكي^(٧) في جمع الجوامع بقوله: فخير
الواحد هو ما لم ينته إلى التواتر^(٨).

(١) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، من مؤلفاته المهذب، اللمع، التبصرة،
توفي سنة ٤٧٦هـ. راجع شذرات الذهب ٣/٣٤٩، وفيات الأعيان ١/٩.

(٢) راجع: للمع للشيرازي ص ٤٠.

(٣) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله القرافي، له
مؤلفات عديدة منها: تنقيح الفصول في اختصار المحصول، الذخيرة، الخصائص في
اللغة، توفي سنة ٦٨٤هـ راجع الفتح المبين ٨٦/٢.

(٤) راجع: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٥٦.

(٥) هو الإمام محمد بن محمد بن أحمد أبو حامد الغزالي، حجة الإسلام، رحل إلى
بغداد وإلى الشام ومصر ثم إلى صوص حتى توفي بها في سنة ٥٠٥هـ. راجع طبقات
السبكي ١٩١/٧.

(٦) راجع: للمستصفى للإمام الغزالي ١٤٥/١.

(٧) هو تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن
موسى السبكي، من مؤلفاته الأشباه والنظائر في الفروع الفقهية، جمع الجوامع في
أصول الفقه، توفي سنة ٤٧١هـ. راجع البدلية والتهلية ٢٩٥/١٤، حسن المحاضرة ١/
١٤٨.

(٨) راجع: جمع الجوامع بشرح المحلى ١٢٩/٢.

فهذه التعريفات وإن اختلفت عباراتها إلا أن معناها واحد، وهو أن خبر الواحد: هو الخبر الذي لم تبلغ نقلته في الكثرة مبلغ خبر التواتر، سواء كان المخبر به واحداً أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة إلى غير ذلك من الأعداد التي لا تشعر بأن الخبر قد دخل في حد التواتر، وهو يشمل المشهور والمستفيض وغيرهما، فالكل يطلق عليه خبر واحد^(١).

أما الذين يسمون السنة إلى ثلاثة أقسام، وهم جمهور الحنفية: فإنهم يعرفون خبر الواحد، بأنه: كل خبر يرويه الواحد أو الاثنان فصاعداً لا عبرة للعدد فيه بعد أن يكون دون المشهور والمتواتر^(٢).

فقوله "هو كل خبر يرويه الواحد أو الاثنان، رد لمن فرق، وقال: يقبل خبر الاثنين دون الواحد، ومن قال: يقبل خبر الأربعة دون ما سواها، بأن الكل سواء.

وقوله: "لا عبرة للعدد فيه" يعني لا يخرج عن كونه خبر واحد حكماً وإن كان الخبر متعدداً بعد أن لم يبلغ درجة التواتر^(٣).

ومن ثم فهم يثبتون الوساطة بين التواتر والآحاد. ووجه الحصر عندهم: أن الخبر إن رواه جماعة لا يتصور اتفاقهم على الكذب في العصور الثلاثة الأولى فهو متواتر،

(١) راجع: بحوث في السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود فرغلي ص ١٤.

(٢) راجع: أصول اليزدي بهامش كشف الأسرار البخارى ٣٧٠/٢.

(٣) راجع: كشف الأسرار البخارى ٣٧٠/٢، شرح المنار وحواشيه ص ٦٢٠، فتح القفار لابن نجيم ٧٨/٢.

وإن كان آحاداً في عصر الصحابة - بأن كان رواية واحد أو اثنين أو عدد غير بالغ حد التواتر - ثم رواه عنهم عدد يبلغ حد التواتر في العصر الثاني والثالث فهذا هو المشهور عندهم، وإن لم يكن هذا ولا ذلك فيكون آحاداً. وعلى هذا فإن خبر الواحد عند الحنفية: هو ما يرويه ما دون المشهور والمتواتر، فيصدق بالواحد وبالاثنين وبالثلاثة، عند من يرى المشهور أكثر من ثلاثة. أما من يرى أنه ثلاثة فأكثر فيكون الآحاد ما رواه واحد أو اثنين^(١).

(١) راجع: كشف الأسرار للبخاري ٢/٣٧٠، بحوث في السنة المطهرة للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ١٦.

المبحث الثاني

حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : فى بيان ضابط عموم البلوى

المطلب الثانى: فى أقوال العلماء ، وتحقيق مذهب الحنفية.

المطلب الثالث: فى الأدلة

المطلب الأول

بيان ضابط عموم البلوى

الأمر إذا عمت به البلوى، فإن للشارع فيه نظراً ينبئ على شدة الحاجة إليه، أو مشقة التحرز منه^(١)، حتى إنهم قالوا:

(١) باستقراء الأسباب الشرعية للتخفيف يجد المتأمل مردّها إلى ثمانية أشياء هي:

- الحاجة، والسفر، والمرض، والنسيان، والخطأ، والجهل، والإكراه، وعموم البلوى.
- فالحاجة سبب للتخفيف عامة - كما لو تعلقت بمصالح عموم العباد، مثل ورود النص بإباحة بعض العقود استثناء من القواعد العامة وعلى خلاف القياس، كالإجارة والسلام والوصية - أو خاصة: كتحرير إكلاء الكلب لإكلاء سيد أو زرع وكإباحة لبس الحرير لمرض كالحرب أو الحكة وكاتخاذ من الذهب عند الحاجة.
- والمغفر: سبب للتخفيف، إذ رخص فى الممسح على الخف ثلاثة أيام بلياليها، وفى قصر للرباعية للمغروضة، وفى الجمع تقديماً وتأخيراً، وفى الفطر فى رمضان.
- والمرض: سبب للتخفيف؛ إذ رخص للمريض مرضاً يستدعى التخفيف التيمم عند الحاجة، وفى الإتيان بما يستطيع من القيام أو للعود أو الاضطجاع فى إقامة الصلاة، ويجوز له التخلف عن الجمعة والجماعة، ويرخص له فى الفطر فى رمضان.
- والنسيان: سبب لعدم المؤاخذه شرعاً فيما بين العبد وربّه ولا يعتبر النسيان عذراً فى حقوق العباد؛ لأنها مبنية على المشاهدة والمقاضاة، فلو تلف مال غيره نسياناً وجب عليه الضمان
- والخطأ: تسقط به المؤاخذه شرعاً وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم^{١٣} الأحزاب: ٥٠.

إن ما عمت بليته خفت قضيته، وإذا ضاق الأمر اتسع^(١).
ولكن ما المراد بعموم البلوى؟ وما الضابط فيها حتى
تصلح عذراً؟

نقول: المقصود بعموم البلوى: شيوع البلاء بحيث
يصعب على المرء التخلص منه أو الابتعاد عنه^(٢).
أو هو ما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال وينتشر وقوعه
بحيث يعسر الاستغناء عنه، ويعسر الاحتراز منه إلا بمشقة
زائدة^(٣).

حيث قال شمس الأئمة المرخسي^(٤): ويحتاج الخاص

بخلاف الخطأ في حقوق العباد فإنه مؤخذ عليه، كما لو قاد سيارة غيره فأصابها
تلف بسببه من حادث أو غيره فعليه ضمان ما تلفه سواء كان خطأ أم عمداً.
- والجهل: سبب من أسباب التخفيف والتيسير، فمن شروط التكليف علم المكلف
بطلب للشارع للقول.
- والإكراه: الإكراه المعدم للإرادة، أو المفسد لها عند بعض العلماء، تسقط به
المؤخذ.
- وعموم البلوى: من أسباب التخفيف..... على ما نبينه إن شاء الله
تعالى.

راجع: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ صالح بن عبد الله بن حميد ص ١٦٧ -
٢٧٠، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين ص ٤٣٥ -
٤٣٧.

(١) راجع: الأئمة والنظار للسيوطي ص ٧٨، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/
صالح بن عبد الله بن حميد ص ٢٣٢.

(٢) راجع: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين
ص ٤٣٥ - ٤٣٧.

(٣) راجع: المراجع السابقة.

(٤) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الأئمة المرخسي، من مؤلفاته: المبسوط في
لفقه الحنفي، شرح الجامع الكبير، وشرح السير الكبير، أصول المرخسي في-

والعام إلى معرفته^(١).

وقال بدر الدين الزركشي^(٢) في البحر المحيط نقلاً عن الشيخ أبي حامد الأسفراييني^(٣) في تعليقه، ومعنى قولنا : نعم بهم البلوى: أن كل أحد يحتاج إلى معرفته. وقال صاحب الواضح معناه أن يكون مشتركاً غير خاص^(٤).

ولو أردنا إيجاد ضابط لهذا الأصل من خلال هذا التعريف، فإننا نلمسه في أمرين أو أحد أمرين: الأمر الأول: نزارة الشيء وقلته.

فقد تأتي مشقة الاحتراز عن الشيء من قلته، ومن هنا كان ما قرره الفقهاء: من صحة الصلاة مع النجاسة المعضو عنها، كالدم والقروح والدمامل ودم السبراغيث والصديد وطين الشوارع، وما يصيب الحب في الدوس من روث البقر وبوله، وبول ترشش على الثوب قدر رؤس الإبر.

- الأصول، توفي سنة ٤٨٣هـ . راجع للفوائد البهية ص ١٥٨، ١٥٩، الفتح المبين

٢٦٤/١، الأعلام للزركلي ٥/ ٢٠٨.

(١) راجع أصول السرخسي ١/ ٣٦٨.

(٢) هو محمد بن بهادر بن عبدالله بدر الدين الزركشي، من مؤلفاته: البحر المحيط، سلاسل الذهب، توفي سنة ٧٩٤هـ ، راجع الأعلام للزركلي ٦/ ٢٨٦، حسن المحاضرة ١/ ٤٣٧.

(٣) هو أحمد بن محمد بن أحمد الأسفراييني، من مؤلفاته: شرح المزني، تعليقه في أصول الفقه، للبستان، توفي سنة ٤٠٦هـ راجع وفيات الأعيان ١/ ٧٢، ٧٣، معجم المؤلفين ٢/ ٦٢.

(٤) راجع البحر المحيط ٢/ ٢٥٨.

حيث قال ابن حزم^(١): - مقررأ لهذا المبدء - وونيم
الذباب والبراغيث وبول الخفاش إن كان لا يمكن التحفظ منه،
وكان في غسله حرج وعسر لم يلزم من غسله إلا مالا "حرج
فيه ولا عسر"^(٢).

وفى الشرح الصغير: ويعفى عن كل ما يعسر الاحتراز
عنه من النجاسات بالنسبة للصلاة ودخول المسجد لا بالنسبة
للطعام والشراب، وذلك كسلس البول، وثوب المريض.
قالوا: سواء كانت أما أو غيرها إذا كانت تجتهد في درء
النجاسة عنها حال نزولها بخلاف المفردة.
ويدخل في ذلك الجزار والكناف والطبيب الذى يزاول
الجروح^(٣).

وقال الحنابلة: ويعفى عن يسير دم وما تولد منه من قيح
وصديد وماء قروح فى غير مائع ومطعوم؛ لأن الإنسان غالباً
لا يسلم منه.
قالوا: وهو قول جماعة من الصحابة والتابعين ومن
بعدهم، ولأنه يشق الإحتراز منه فعفى عن يسيره كأثر
الاستجمار^(٤).

(١) هو على بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن يزيد القارسي،
كان شافعي المذهب، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، من مؤلفاته للمحلى، الإحكام
في أصول الأحكام، توفي سنة ٤٥٦هـ، راجع الأعلام ٩٥/٥، تنكرة للحفاظ ١١٤٦/٣.

(٢) راجع: للمحلى لابن حزم ١٩١/١.

(٣) راجع: لشرح الصغير ٧٢/١، ٧٣.

(٤) راجع: كشف القناع ٢١٨/١، ٢١٩.

وفى بداية المبتدى: وإذا أصاب الثوب من الروث أو
أخثناء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي
حنيفة^(١) - رحمه الله - وقالوا يجوز حتى يفحش.
قال صاحب الهداية^(٢) لأن فيه ضرورة وهي مؤثرة
فى التخفيف^(٣).

وعن محمد^(٤) - رحمه الله - أنه لما دخل الرى ورأى
البلوى: أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضاً وقاسوا عليه طين
بخارى^(٥).

وفى البداية أيضاً: فإن انتضح عليه البول مثل رؤس
الإبر فذلك ليس بشئ - لأنه لا يستطاع الامتناع عنه^(٦).

الثانى: كثرة الشئ وشيوعه مما يؤدى إلى تعذر اجتنابه^(٧).
كما أن عموم الابتلاء ومشقة التحرز قد تكون نابعة من
تفاهة الشئ ونزارته، كذلك قد يكون لكثرة وشيوعه، فيشق
الاحتراز عنه ويعم الابتلاء به.

(١) هو النعمان بن ثابت بن زوطى الفارسى، إليه ينسب المذهب الحنفى، توفى سنة
١٥٠هـ، راجع: العبر فى خبر من غير ٣١٤/١، سير أعلام النبلاء ٣٩٠/٦.

(٢) هو شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى، من مؤلفاته مجموع
النوازل، الهداية، المتقى، توفى سنة ٥٩٣هـ. راجع للقوائد البهية فى تراجم الحنفية،
ص ١٤١.

(٣) راجع: الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ٣٦/١، ٣٧.

(٤) هو محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيبانى، من مؤلفاته: الجامع الكبير
والجامع الصغير والمبسوط. توفى سنة ١٨٩هـ. راجع: للقوائد البهية ١٦٣، شذرات
الذهب ٣٢٢/١.

(٥) راجع: الهداية شرح بداية المبتدى ٣٦/١، ٣٧.

(٦) راجع: للمرجع السابق.

(٧) راجع: رفع الحرج فى الشريعة الإسلامية د/ صالح بن عبد الله بن حميد ص
٢٧٤.

ويشهد لذلك:

- ماروى عن كبشة^(١) بنت كعب ابن مالك، وكانت تحت ابن أبي قتادة^(٢).

- أن أبا قتادة دخل عليها فسكرت له وضوءاً، فجاءت هرة تشرب منه، فأصغى لها الإناء حتى شربت منه، قالت كبشة: فرأى أنظر: فقال: أتعجبين يا ابنة أخي؟ فقلت: نعم، فقال: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: إنها ليست بنجسه، إنها من الطوافين عليكم والطوافات^(٣).

وعن عائشة^(٤) - رضى الله عنها - عن النبي - ﷺ - أنه كان يصغى (يميل) إلى الهرة الإناء حتى تشرب، ثم يتوضأ بفضلها^(٥).

قيل: وفى ذلك غاية الحكمة والمصلحة، فإنها لو جاءت بنجاستها لكان فيه أعظم الحرج والمشقة على الأمة لكثرة طوافانها على الناس ليلاً ونهاراً وعلى فرشهم وثيابهم وأطعمتهم، كما أشار إليه النبي - ﷺ - فى الحديث.

(١) هي كبشة بنت كعب بن مالك الأنصارى، زوج عبد الله بن أبي قتادة، قال ابن حبان: لها صحبه. راجع: الأصابة ١٠٩/١٣ - ١٠٧.

(٢) هو قتادة أبو الخطاب بن دعامة بن قتادة بن عبد العزيز، روى عن أنس بن مالك، توفي سنة ١١٧هـ. راجع تهذيب التهذيب ٣٥١/٨، شذرات الذهب ١٥٣/١.

(٣) راجع: للموطأ ٢٢/١، ٢٣، سنن أبي داود ٢٠٠١٩/١، سنن ابن ماجه ١٣١/١.

(٤) هي أم المؤمنين: عائشة بنت أبي بكر الصديق، زوج النبي - صلى الله عليه وسلم -، توفيت سنة ٥٧هـ، راجع المعبر فى خبر من غير ٦٢/١، تنكرة الحفاظ ٢٧/١.

(٥) راجع: سنن أبي داود ١٩/١، نصب الرية للزيلى ١٣٣/١.

أما من يرى نجلستها فإنه يرى أنه خفف فيها، بعموم البلوى ومشقة الاحتراز منها^(١).

- خرج عمر بن الخطاب^(٢) وعمر بن العاص^(٣) - في ركب حتى وردا حوضاً فسأل عمرو بن العاص صاحب الحوض، وقال: يا صاحب الحوض: هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب يا صاحب الحوض لا نخبرنا فإننا نرد على السباع وترد علينا.

قال الباجي^(٤): وفيه أن ورودها لم يعتبر؛ لأن مالا يمكن الاحتراز عنه فمعه^(٥).

قال ابن عبد البر^(٦): وقالوا إنما نهى عمر صاحب الحوض عن الخبر؛ لأنه لو أخبر بوردها وولوغها ضاق عليه^(٧).

(١) راجع: أعلام الموقعين ١/١٧٢، لفقہ الإسلامی ولقته للزحلی ١/١٣١.

(٢) هو الصحابي الجليل أبو حفص عمر بن الخطاب، أول من لقب بأير المؤمنين، استشهد سنة ٢٣ هـ راجع للفتح المبين ١/٤٩، تنكرة الحفاظ ١/٥٠.

(٣) هو عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي، فاتح مصر، وأحد عظماء العرب، إسلام في هنة الحديبية، توفي في القاهرة سنة ٤٣ هـ راجع: الأعلام ٥/٧٩.

(٤) هو سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واثق أبو الوليد الباجي القرطبي، من مؤلفاته إحكام التصول في إحكام الأصول، شرح المدونة، توفي سنة ٤٧٤ هـ راجع: معجم المؤلفين ٤/٢٦١، وفیات الأعيان ٢/٤٠٨.

(٥) راجع: للموطأ مع الباجي ١/٦٢.

(٦) هو أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأنلسي القرطبي، من مؤلفاته: التمهيد لما فيه الموطأ من المعاني والأساليب، الاستعاب في معرفة الأصحاب، الاستنكار، توفي سنة ٤٦٣ هـ راجع: الإعلام ٩/٣١٧، شجر النور للذكية ص ١١٩.

(٧) راجع: الاستنكار للجامع لمذاهب فقهاء الأئصار ٢/١٢٥، ١٢٦.

وقال الإمام الغزالي في الإحياء: ومن تأمل أحوال
الدباغين والقصارين والصباعين: علم أن الغالب عليهم النجاسة،
وأن الطهارة في تلك الثياب محال أو نادر.

بل نقول: نعلم إنهم كانوا يأكلون خبز البر والشعير ولا
يغسلونه، مع أنه يداس بالبقر والحيوانات، وهي تبول عليه
وتروث وقلما يخلص منها.

وكانوا يركبون الدواب وهي تعرق وما كانوا يغسلون
ظهورها مع كثرة تمرغها ف النجاسات ..، وما كانوا يحترزون
عن شيء من ذلك.

وكانوا يمشون حفاة في الطرق وبالنعال، ويصلون معها،
ويجلسون على التراب، ويمشون في الطين من غير حاجة،
وكانوا لا يمشون في البول والعذرة ولا يجلسون عليها
ويستزهون منه.

ومتى تسلم الشوارع من النجاسات مع كثرة الكلاب
وأبوالها وكثرة الدواب وأرواثها، ولا ينبغي أن تظن أن
الأعصار أو الأمصار تختلف في مثل هذا حتى يظن أن
الشوارع كانت تغسل في عصرهم، أو كانت تحرس من الدواب،
هيهات، فذلك معلوم استحالة بالعادة قطعاً^(١).

هذا، ما تيسر تكوينه في مجال ضابط عموم البلوى.
والمراد هنا: هو بيان مدى حجية خبر الواحد إذا ورد في
أمر يتكرر وقوعه أمام الناس ويحتاج الكثير إلى معرفة حكمه،

(١) راجع: إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٦/٢.

سواء أكانت التكرار راجعاً نزارة الشيء وقلته أما إلى كثرتة وشيوعه، كما فيما تقدم وفي نقض الموضوع بمس الذكر، ورفع اليدين في الصلاة عند الركوع والرفع منه، والجهر بالبسملة، فإنه مما تعم به البلوى، فحقه الاشتهار^(١).

وهو ما سوف نبينه في المطلب الثاني - إن شاء الله.

المطلب الثاني

أقوال العلماء

اختلف العلماء في حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى

على قولين:

القول الأول:

يقبل خبر الواحد فيما تعم به البلوى إذا صح سنده، وهو مذهب عامة الأصوليين، والشافعي^(٢)، وجميع أصحاب الحديث.

القول الثاني:

لا يقبل خبر الواحد فيما تعم به البلوى، إلا إذا اشتهر أو تلقته الأمة بالقبول، وهو مذهب عامة الحنفية، منهم الكرخي^(٣).

(١) راجع: لبحر المحيط ٢٥٧/١، ٢٥٨.

(٢) هو محمد بن أنريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد ليزيد بن هاشم بن عبد المطلب، صاحب المذهب المعروف، توفي سنة ٢٠٤هـ.

راجع: المعبر ٢٦٩/١، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٧١.

(٣) هو عبد الله بن الحسين بن دلال بن درهم أبو الحسين الكرخي، توفي سنة ٣٤٠هـ.

راجع: تاج التراجم ص ١٣٩، طبقات الأصوليين ١٩٧/١.

وحكى عن ابن خويز منداد^(١)، وأبى عبد الله البصرى، وابن سريج^(٢)،^(٣).

وهالك نصوصهم التى توضح ذلك، ومنها يمكن تحقيق مذهب عامة الحنفية.

قال الغزالى: خبر الواحد فيما تعم به البلوى مقبول، خلافاً للكرخى وبعض أصحاب رأى^(٤).

وقال الإمام الرازى^(٥): خبر الواحد إما أن يقتضى علماً أو عملاً: فإن اقتضى علماً فإما أن يكون فى الأئمة القاطعة ما يدل عليه، أولاً يكون فإن كان الأول جاز قوله.

وإن كان الثانى وجب رده، سواء اقتضى مع العلم عملاً، أو لم يقتضه.

(١) هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد، له كتاب كبير فى الخلاف، وكتاب فى أصول الفقه. راجع: للنبياح للمذهب لأبن فرحون ص ٢٦٨، شجر النور الذكية ص ١٠٣.

(٢) هو أحمد بن عمر بن سريج للبغدادى، من كبار فقهاء الشافعية توفى سنة ٣٠٦ هـ. راجع وفيات الفتح المبين ١/١٦٥، وفيات الأعيان ٢/٤٠٨.

(٣) راجع: المستصفى للغزالى ١/١٧١، المحصول للرازى ٢/٢١٦، للمعتمد ١/١٦٨، الأحكام فى أصول الأحكام للأمدى ٢/١٦٠، للمع فى أصول الفقه للشيرازى ص ٤٠، مختصر ابن الحاجب ٢/٧٢، البحر المحيط للزركشى ٢/٢٥٧، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ٣٧٢، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٢/٣٦٧، مفتاح الوصول لابن التلمسانى ص ١٣، كشف الاسرار للبخارى ٣/١٧، أصول السرخسى ١/٣٦٩، الوجيز فى أصول الفقه للكراماتى ص ١٤٧، بذل النظر للأسمندى ص ٤٧٤، تخريج القروع على الأصول للزنجاني ص ٦٤، إرشاد الفحول للشوكاتى ص ٥٦، أصول الفقه د/ زكى الدين شعبان ص ٦٢.

(٤) راجع: المستصفى للغزالى ١/١٧١.

(٥) هو محمد بن عمر بن حسين أبو عبد الله فخر الدين الرازى، من كبار فقهاء الشافعية، ومتمكلى أهل السنة توفى سنة ٦٠٦ هـ. راجع: وفيات الأعيان ٤/٢٤٨.

فأما إذا اقتضى عملاً، وكان البلوى به عاماً، فعندنا لا يجب رده، وعند الحنفية: يجب رده^(١).

وقال النجاشي: خير الواحد إذا ورد موجبا للعمل فيما تعم به البلوى، مقبول عند الأكثرين، خلافاً للكرخي وبعض أصحاب أبي حنيفة^(٢).

وقال الإمام الشيرازي: ويجب العمل به فيما تعم به البلوى وفيما لا تعم، وقال أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز العمل به فيما تعم به البلوى^(٣).

وقال ابن الحاجب: خير الواحد فيما تعم به البلوى مقبول عند الأكثر، خلافاً لبعض الحنفية^(٤).

وقال الإمام بدر الدين الزركشي^(٥): ولا يضره كونه مما تعم به البلوى، خلافاً لأكثر الحنفية، وأبى عبد الله البصري^(٦).

وقال الكيا البصري^(٧): والحق في هذه المسألة أن الأخبار على قسمين:

أحدهما: يلزم الكافة علمه، فذلك يجب ظهوره لا محالة.

(١) راجع: المحصول للرازي ٢/٢١٦، ٢١٧.

(٢) راجع: الإحكام في أصول الأحكام للنجاشي ٢/١٦٠.

(٣) راجع: التلخيص في أصول الفقه للشيرازي ص ٤٠.

(٤) راجع: مختصر ابن الحاجب ٢/٧٢.

(٥) هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين الزركشي، من مؤلفاته: البحر المحيط،

سلامة الذهب، توفي سنة ٧٩٤هـ. راجع: الاعلام ٦/٢٨٦، الفتح المبين ٢/٢٠٩.

(٦) راجع: البحر المحيط للزركشي ٢/٢٥٧.

(٧) هو أبو الحسن الطبري علي بن محمد بن علي الملقب بعماد الدين، تتلمذ على إمام

الحرمين، توفي سنة ٥٠٤هـ. راجع: الفتح المبين ٦/٢، وفيات الأعيان ٢/٤٤٨.

الثاني: ما يلزم أفراد الناس من العلماء العلم به دون العامة، والعامة كلفوا العمل به دون العلم، أو لم يكلفوا بأسرهم العمل به، نحو ما يرجع العوام فيه إلى العلماء من الحوادث في إقامة الحد وغيره فيجوز أن تعم به البلوى، ولكن العامى فيه مأمور بالرجوع إلى العالم. وإذا ظهر للعالم لم يجب نقله إليه، وأما إذا كان الخبر عن شئ اشتهر عن رسول الله - ﷺ - على الكرات، كالجهر بالتسمية وكان الناقل متفرداً ففيه خلاف. والأكثر على رده^(١).

وقال الإمام القرافي: وإذا ورد الخبر في مسألة علمية وليس في الأدلة القطعية ما يعضده، رد؛ لأن الظن لا يكفي في القطعيات، وإلا قبل، وإن اقتضى عملاً تعم به البلوى قبل عند المالكية والشافعية، خلافاً للحنفية^(٢).

وقال ابن الهمام^(٣): خبر الواحد فيما تعم به البلوى لا يثبت به وجوب دون إشتهار أو تلقى الأمة بالقبول عند عامة الحنفية، منهم الكرخي^(٤).

وقال الإمام البخاري^(٥): خبر الواحد إذا ورد موجباً للعمل فيما يعم به البلوى لا يقبل عند الشيخ أبي الحسن الكرخي من أصحابنا المتقدمين وهو مختار المتأخرين منهم.

(١) راجع: البحر المحيط للزركشي ٢٥٨/٢، ٢٥٩.

(٢) راجع: شرح تنقيح الفصول في اختصار المخصول في الأصول للقرافي ص ٣٧٢.

(٣) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي، للسكندري كمال الدين، الشهير بابن الهمام، من مؤلفاته: فتح القدير، التحرير، توفي سنة ٨٦١هـ. راجع للفوائد البهية ص ١٨٠، للفتح للمبين ٣/٣٦.

(٤) راجع: التقرير والتحرير على تحرير الإمام للكمال بن الهمام ٢٩٥/٢، ٢٩٦.

(٥) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري، من مؤلفاته: شرح المنتخب المسمى بالتحقيق، كشف الأسرار عن أصول البزوى، توفي سنة ٧٣٠هـ. راجع: الأعلام ١٣/٤، للفوائد البهية ص ٩٤.

وعند عامة الأصوليين: يقبل إذا صح منده، وهو مذهب الشافعي وجميع أصحاب الحديث^(١).

وقال الكراماسي^(٢): خبر الواحد يوجب الظن ويجب العمل به عند الجمهور سمعاً عند أكثرهم، عقلاً عند أحمد، والقفال، وابن سريج، وأبي الحسين إذا ورد غير مخالف للكتاب والسنة المشهورة في حادثه لا تعم بها البلوى فإذا عدم شرط واحد من الشروط الثمانية لوجوب العمل بخبر الواحد لا يقبل^(٣).

وفي الآيات البيّنات: وقالت الحنفية: لا يجب العمل به فيما تعم به البلوى^(٤).

وقال ابن النجار^(٥): ومنعه المالكية إذا خالفه عمل أهل المدينة ومنعه أكثر الحنفية فيما تعم به البلوى^(٦).
وقال الأسمندي^(٧): ذهب أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - إلى أنه لا يقبل خبر الواحد فيما يعم به البلوى - وإليه ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخي - رحمه الله.

(١) راجع: كشف الأسرار للبخاري ١٦/٣.

(٢) هو يوسف بن حسين للكراماسي الرومي، من مؤلفاته البيان في شرح التبيان، الوجيز في أصول الفقه، توفي سنة ٩٠٠هـ، وقيل سنة ٩٠٦هـ. راجع: لفتح المبين ٥٨/٣، معجم المؤلفين ٢٩٤/٣.

(٣) راجع: الوجيز في أصول الفقه للكراماسي ص ١٤٧، ١٤٨.

(٤) راجع: الآيات البيّنات لابن قاسم العيادي ٢٩٤/٢.

(٥) هو القاضي تقي الدين أبو البقاء محمد بن شهاب الدين أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الشهير بابن النجار، توفي سنة ٩٧٢هـ.

(٦) راجع: شرح الكوكب المنير لابن النجار ٣٦٧/٢.

(٧) هو محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين بن حمزة الأسمندي السمرقندي، من مؤلفاته: بذل النظر في الأصول، شرح منظومة التنسفي في الخلاف، للمعترض والمختلف، توفي سنة ٥٦٣هـ، راجع: الفوائد البهية ص ١٧٦، معجم المؤلفين ١٣٠/١٠.

وجماعة من المتكلمين ذهبوا إلى قبوله - وقيل: هو قول الشافعي^(١).

وقال أبو الحسن البصري^(٢): فلما أن يعم البلوى بما تضمنه أولاً يعم البلوى به، فإن لم يعم البلوى به قبل وإن عم البلوى به، فقد اختلف القائلون بأخبار الأحاد في قبوله، فلم يقبله الشيخ أبو الحسن رحمه الله^(٣).

وقال ابن التلمساني^(٤) ومن ذلك: اعتراض أصحاب أبي حنيفة، بعدم التواتر فيما تعم به البلوى، فإن مذهبهم: أن التواتر شرط فيما تعم به البلوى^(٥).

وقال الإمام الشوكاني^(٦): ولا يضره كونه مما تعم به البلوى خلافاً للحنفية وأبي عبد الله البصري^(٧).

(١) راجع: بذل النظر في الأصول للأسمدي ص ٤٧٤.

(٢) هو محمد بن علي بن الطيب البصري، أحد أئمة المعتزلة، له تصانيف كثيرة منها: المعتمد في أصول الفقه، شرح في الأصول الخمسة، توفي ببغداد سنة ١١٠هـ. راجع: طبقات الأصوليين ٢٣٧/١.

(٣) راجع: المعتمد في أصول الفقه ١١٨.

(٤) هو محمد بن أحمد الشريف للتلمساني، من مؤلفاته: مفتاح الوصول في علم الأصول، توفي سنة ٧٧١هـ. راجع: لفتح المبين ١٨٢/٢.

(٥) راجع: مفتاح الوصول في علم الأصول لابن التلمساني ص ١٣.

(٦) هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعائي، من مؤلفاته إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للبدر الطالع، نيل الأوطار، توفي سنة ١٢٥٠هـ.

راجع: الأعلام ١٩٠/٧، البدر الطالع للشوكاني ٢١٤/٢.

(٧) راجع: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ص ٥٦.

تحقيق مذهب الحنفية

سبق أن ذكرنا: أن العلماء اختلفوا في حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

ومن خلال النصوص التي سبق ذكرها، يمكن القول:
بأن عامة الحنفية يقولون بعدم حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى، يردونه مطلقاً، سواء كان الخير يثبت مباحاً، أو مندوباً، أو واجباً، أو حراماً، أو مكروهاً، كما هو واضح من النصوص التي سبق ذكرها، ويكون هذا هو محل النزاع بين الجمهور والحنفية^(١).

إلا أن الكمال بن الهمام: يخصص ذلك بحالة ما إذا كان يثبت وجوباً، فيكون مردوداً عنده، ويمكن قبوله إذا كان يثبت سنة.

قال في التحرير: (خبر الواحد ... لا يثبت به وجوب دون اشتهاًر أو تلقى الأمة بالقبول عند عامة الحنفية، منهم الكرخي)^(٢).

(١) راجع: ص ٢٦ : ٣٢ من البحث.

(٢) قال صاحب التقرير والتحرير: كان هذا عند عامة الحنفية فلا يظهر لتخصيصه على الكرخي بقوله (منهم الكرخي) بعد شمولهم لياه فائدة، بل الذي في غير موضع الاختصار على الاشتهاًر، ونسبة هذا إلى الكرخي من أصحابنا المتقدمين وإلى المتأخرين منهم.

ثم للظاهر أنه لا تلازم كلياً بين الاشتهاًر وبين تلقى الأمة له بالقبول، إذ قد يوجد اشتهاًر للشيء بلا تلقى جميع الأمة له بالقبول، وقد تلقى الأمة الشيء بالقبول، بلا روليته على سبيل الاشتهاًر.

ثم هذه لزيادة لا بأس بها، لكن الشأن في كونها منقولة عنهم.

ثم يقول صاحب التقرير والتحجير - مبيناً مذهب الكمال بن الهم في أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى لا يقبل في حاله ما إذا كان يثبت وجوباً -

فإن قيل: يشكل عليهم قبولهم خبر الواحد المتفق عليه المفيد لغسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء عند الشروع في الوضوء، وخبر الواحد المتفق عليه المفيد لرفع اليدين عند إرادة الشروع في الصلاة، مع أن كلا منهما مما تعم به البلوى. أجاب: بأن ليس غسل اليدين ورفعها منه، فإنما لم تثبت بكل منهما وجوباً، بل أثبتنا به استئذان ذلك، فلا يضر قبولنا آياه فيه.

وعليه يكون محل النزاع بين الجمهور والحنفية فيما إذا كان الحكم في المسألة التي تعم بها البلوى هو الوجوب، حيث قال في موضع آخر: وليس النزاع إلا في إثبات الوجوب به إذا استنداد الحاجة مع الوجوب^(١).

١ رجع: التقرير والتحجير على التحرير ٢/٢٩٦.
(١) رجع: التقرير والتحجير على تحرير الإمام ٢/٢٩٦، ٢٩٧.

المطلب الثالث

الأدلة

أولاً: أدلة المثبتين:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:
أولاً: النصوص الواردة في وجوب العمل بأخبار الأحاد مطلقة
لم تفرق بين ما تعم به البلوى وما لا تعم.
من ذلك:

- قوله تعالى: "فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون"^(١).
أوجب الإنذار على كل طائفة خرجت للتفقه في الدين وإن كانت أحاداً، وهو مطلق فيما تعم به البلوى، وما لا تعم، ولولا أنه واجب القبول لما كان لوجوبه فائدة^(٢).
ثانياً: إجماع الصحابة وعلمهم بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

ومن أمثله ذلك:

أ- رجوع أبي بكر^(٣) وعمر رضي الله عنهما - إلى خبر المغيرة بن شعبه^(٤) في إعطاء الجدة المسنن^(٥).

(١) من الآية (١٢٢) من سورة لقطة.

(٢) راجع: الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ١٦٠/٢، المحصول للرازي ٢١٧/١.

(٣) هو عبد الله بن أبي ثعلبة عثمان بن عمرو بن كعب بن قيس القرشي، أول للخلفاء الراشدين، وأول من أذن بالرسول - ﷺ - . راجع: الأعلام ٥٦٧/٢، تهذيب التهذيب ٣١٥/٥.

(٤) هو الصحابي الجليل أبو محمد بن أبي عامر الثقفي، توفي سنة ٥٠هـ. الإصباحة ١٩٧/٦، الاستيعاب ١٤٤/٤.

(٥) راجع: الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ١٦٠/٢، المحصول للرازي ٢١٧/١.

وقد شاع ذلك وانتشر دون نكير فكان إجماعاً.
فقد روى أن الجدة جاءت إلى أبي بكر - - تطلب ميراثها، فقال لها أبو بكر - رضي الله عنه - مالك في كتاب الله شيء.

وما علمت لك في سنة رسول الله - ﷺ - شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: قد حضرت رسول الله - ﷺ - أعطاهم السدس، فقال أبو بكر هل معك غيرك؟ فقال: محمد بن مسلمة الأنصاري، فأتى به، فقال مثل ما قال المغيرة، فأعطاه لها أبو بكر^(١).

ومثل هذا فعل بن الخطاب - ﷺ - .

فقد روى أن عمر بن الخطاب - ﷺ - أرسل إلى أبي موسى الأشعري^(٢) أن يأتيه، فلما جاء إلى بيت عمر استأذن من وراء الباب ثلاثاً، فلم يؤذن له، فرجع، ولما رآه عمر راجعاً أرسل في أثره، فلما عاد، قال له لم رجعت؟ فقال أبو موسى إني أتيت فسلمت على بابك ثلاث مرات، فلم ترد علي فرجعت، وقال رسول الله - ﷺ - إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع.

فقال عمر: لتأتيني على هذا بالبينة، فذهب أبو موسى إلى مجلس الأنصار، وهو فزع مضطرب، فقالوا ما أفزعك؟ فقال:

(١) راجع: سنن أبي داود ١٢١/٣، سنن الدارقطني ٩٠/٤، سنن ابن ماجه ٩٩/٢.

(٢) هو الصحابي الجليل: عبد الله بن قيس، أبو موسى الأشعري، توفي سنة ٤٤هـ. راجع: لسد الغابة ٣٠٦/٦، الإصابة ٣٥١/٢.

أمرنى عمر أن آتية فأتيت فاستأذنته فلم يؤذن لى فرجعت، فقال لى لم رجعت؟ فقلت: إني أتيت فسلمت على بابك ثلاثاً فلم ترد على، فرجعت، وقد قال رسول الله - ﷺ - إذا استأذن أحدكم ثلاثاً، فلم يؤذن له فليرجع، قال عمر: لتأتى على هذا بالبينة، فقالوا: لا يقوم إلا أصغر القوم فقام أبو سعيد الخدرى معه فشهد له^(١).

ب- قبولهم - رضى الله عنهم - خبر عائشة - رضى الله عنها- فى الغسل من الجماع بدون الإنزال بعد اختلافهم فيه^(٢).
فقد ورد أنه قد اختلف رهن من المهاجرين والأنصار فى ذلك: فقال الأنصار: لا يجب الغسل من الدفق أو من الماء^(٣).

وقال المهاجرون: بل إذا خالط فقد وجب الغسل.
قال أبو موسى: فأنا أشفيكم من ذلك، فقمت فاستأذنت على عائشة - رضى الله عنها- فأذنت لى، فقلت لها: يا أماء، أو

(١) راجع: صحيح البخارى ٢٦/١١، ٢٧، الموطأ للإمام مالك ٩٦٤/٢، شرح النووي على صحيح مسلم ١٣٠/١٤ - ١٣٢.

(٢) راجع: للمحصول للرازى ٢١٧/١، الأحكام فى أصول الأحكام للأمدى ١٦١/٢.

(٣) وكان متمسكهم حديث أبى سعيد الخدرى عن النبى - ﷺ - أنه قال: إتما الماء من الماء أى ماء الغسل يستوجب ماء المنى، ثم نسخ ذلك بحديث عائشة. ويدل لذلك أيضاً: ما روى عن أبى بن كعب قال: إن القنبا لتي كانوا يقولون: للماء من الماء رخصة كان رسول الله - ﷺ - رخص بها فى أول الإسلام، ثم أمرنا بالاعتمال بعد.

قال الإمام الشوكاتى: ولو فرض عدم التأخير - الذى يستوجب للتسخ - لم ينتهى حديث "لما من الماء" لمعارضة حديث عائشة؛ لأنه مفهوم، وحديث عائشة منطوق، والمنطوق أوجب من المفهوم.

راجع: صحيح مسلم ٣٨/٤، مسنن الترمذى ١٨٤/١، مسنن أبى داود ٥٥/١، نيل الأوطار للشوكاتى ٢٧٧/١.

يألم المؤمنين إني أريد أن أسألك عن شيء وإني أستحييك فقالت:
لا تستحي أن تسألني عما كنت سائلاً عنه أمك التي ولدتك، فإنما
أنا أمك.

قلت: فما يوجب الغسل: قالت على الخبر سقطت، قال
رسول الله - ﷺ - إذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختان فقد
وجب الغسل^(١).

ج: قبولهم خبر رافع بن خديج في المخابرة^(٢).

فقد روى عن ابن عمر^(٣) - ﷺ - أنه قال: كنا نخابر أربعين
سنة لا نرى بذلك بأساً، حتى روى لنا رافع بن خديج أن النبي
- ﷺ - نهى عن ذلك فالتفتينا.

وفي رواية أخرى عن رافع بن خديج قال: كنا أكثر
الأنصار حقلاً، وكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه
ربما أخرجت هذه، ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك^(٤).

^(١)راجع: فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٩٥/١، صحيح مسلم بشرح النووي
٣٩/٤، وراجع في ذلك: المغني لابن قدامة ٢٠٤/١، ٢٠٥، بداية المجتهد لابن رشد
٤٦/١، ٤٧، الهدية للمرخني ١٧/١، الشرح الصغير للدردير ٦٧/١، حاشية عسيرة
على شرح الجلال على المنهاج ٦٢/١.

^(٢)المخابرة: هي مزارعة الأرض على الثلث أو الربع، ويستوى أن يكون البذر من
المالك أو من العامل، وعلى هذا تكون المخابرة بمعنى المزارعة، وذهب للشافعية - في
وجه عندهم - إلى الفرق بينهما، فقالوا: المزارعة: هي معاملة على الأرض ببعض ما
يخرج منها والبذر من المالك بخلاف المخابرة فإن البذر من العامل.

مغني المحتاج ٣٢٣/٢، ٣٢٤، روضة الطالبين ٢٤٢/٤.

^(٣)هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، ولد قبل البعثة بسنة أو سنتين، أسلم مع أبيه،
وقيل قبله، توفي بمكة سنة ٧٤هـ. راجع: أسد الغابة ٢٢٧/٣، البداية والنهاية ٤/٩.

^(٤)راجع: صحيح مسلم بشرح النووي ١٠-٢٠٠-٢٠٦، سنن الترمذي ٤٨/٧، سنن
ابن ماجه ٨١٩/٢، هذا، والمخابرة المنهى عنها هي: كراء الأرض بما ينبت على -

فإن قيل: لا نعلم إجماع الصحابة على العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى؛ لأن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - رد خبر المغيرة في إرث الجدة، ورد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - خبر أبي موسى الأشعري في الاستئذان^(١).

اجيب: بأن الثابت الذي لا شك فيه: هو أن الصحابة عملوا بأخبار الأحاد، وكانوا يرجعون إليها في القضاء والفتيا، وكانوا يطلبون الحديث ممن هو عنده، ويحتجون به على من خالفهم، وتواتر ذلك عنهم.

وهذا يدل دلالة واضحة على أن خبر الواحد حجة من حجج الشرع في نظرهم يلزم العمل به، ويحرم مخالفته فإذا ورد عنهم التوقف في العمل ببعض أخبار الأحاد، أو عدم عملهم بها، فلا يكون ذلك دليلاً على أنهم لا يعملون بأخبار الأحاد كلها. وإنما ذلك التوقف أو عدم العمل بها يرجع إلى الرغبة في التثبت والاحتياط عند الشك في الراوى خشية الوهم أو الغلط، أو معارضة الحديث لما هو أقوى منه في نظره.

مسائل للمياه ورؤس الأنهار، أو على أن تكون هذه القطعة المعينة من الأرض والباقي للعامل. والمخبرة بهذا الشكل تقضى إلى الفرر والجهالة، وتوجب المشاجرة. وأما المخبرة: إذا كانت بأجرة معلومة، أو كانت بجزء معلوم مما يخرج منها فإنها جائزة، لأنه ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع، واستمر عليها إلى موته - صلى الله عليه وسلم -.

وراجع: الهداية للمرغيناني ٥٣/٤، حاشية لد سوقي على الشرح الكبير ٣/٣٧٢، المغنى لابن قدامة ٤١٦/٥، روضة الطالبين للنووي ٢٤٣/٤، ٢٤٤.

(١) راجع: الأحكام للأمدى ١٦٠/٢، المحصول ٢١٧/١، أصول الثقة دلكي الدين شعبان ص ٦٢.

والدليل على ذلك: أن أبا بكر لم يتردد في العمل بخبر المغيرة لما شهد محمد بن مسلمة أنه سمع هذا من النبي - ﷺ - . وكذلك لم يتردد عمر في العمل بخبر أبي موسى الأشعري في الاستئذان ثلاثاً قبل الدخول لما شهد أبو سعيد الخدري أنه سمع هذا الحديث من رسول الله - ﷺ - .

ثم إن الخبر هنا لم يرتق إلى الشهرة والتواتر، بل ظل من الأحاد؛ لأن خبر الاثنين خبر واحد وكذا ما زاد حتى يبلغ التواتر، وإنما رد الصديق والفاروق - رضي الله عنهما - الخبر لأجل التثبت والتحري، لا لكونهما وردا في قضية تعم بها البلوى، ولذلك قال عمر - ﷺ - : إنما سمعت شيئاً فأحببت أن أتثبت^(١).

د- واستدل ابن الحاجب للجمهور بقوله: لنا قبول الأمة له في تفاصيل الصلاة وفي نحو الفصد والحجامة^(٢).

وهو ما عبر عنه الأصفهاني شارح مختصره بقوله: حجة الأكثر: أن الأمة أجمعوا على قبول خبر الواحد في تفاصيل الصلاة: أي أركانها وشرائطها، لأنها وإن كانت متواترة إلا أنها لم تتواتر بخصوصياتها وتفاصيلها، ولذلك اختلف فيها العلماء، وهي مما تعم بها البلوى.

وأيضاً أجمعوا على قبول خبر الواحد في الفصد والحجامة، وما يجري مجراها من الأمور التي تعم بها

(١) راجع: المحصول ٢١٧/١، المعتمد ١٦٨/١، أصول الفقة د/ زكي الدين شعبان ص ٦٢.

(٢) راجع: مختصر ابن الحاجب ٧٢/٢.

البلوى^(١)، وهو ما سوف نتعرض له بشئ من التفصيل بعد ذلك
في أدلة النافين:

ثالثاً: الاستدلال بالمعقول

وذلك من وجوه:

* الوجه الأول:

أن التعبد بخبر الواحد إنما ثبت بكونه من عند النبي
- ﷺ - وذلك إنما يعرف بعدالة الرواة، فإذا وجدت عدالة
الرواه هنا وجد ما يجب به القبول، فيجب القبول بحقيقة أن من
نقل الحديث فيما تخص به البلوى، فهو الذى ينقله فيما تعم به
البلوى، فإذا وجب قبول روايته فى إحداها، فكذلك فى الآخر،
ولو لم يقبله فيما تعم به البلوى لا تهماها، وهذا لا يجوز^(٢).

* الوجه الثانى:

أنه لا يمتنع أن يسأل النبي - ﷺ - واحداً أو نفرأ يسيراً
من الناس، دون غيرهم، فيبين له دون الجميع ثم نقله ذلك
السائل، فبقى خبر واحد، ولم يشتهر^(٣).

* الوجه الثالث:

ما قد علم أن النبي - ﷺ - كان يرسل الرسل والكتب
إلى الأمصار لتعليم الشرائع، وكان يلزمهم الحجة بالآحاد فيما
تعم به البلوى^(٤).

(١) راجع: حجية خبر الآحاد د/ حسن سنوسى ٣٧٧.

(٢) راجع: بذل النظر للأسمندى ص ٤٧٤.

(٣) راجع: للمرجع السابق.

(٤) راجع: للمرجع السابق.

* الوجه الرابع:

أن الراوى عدل ثقة، وهو جازم بالرواية فيما يمكن صدقه، وذلك يغلب على الظن صدقه فوجب تصديقه كخبره فيما لا تعم به البلوى^(١).

* الوجه الخامس:

أنه يغلب على الظن، فكان واجب الاتباع كالقياس، والمسألة ظنية، فكان الظن فيها حجة^(٢).

إذ يجوز قبول القياس فيما تعم به البلوى، والقياس أضعف من خبر الواحد، وإذا كان الضعيف مقبولا فيما تعم به البلوى، فالقوى أولى بأن يقبل^(٣).

والجواب:

أما الأول:

ماذكرتم إن كان دليلاً على الثبوت فعدم الاشتهار دليل على عدم الثبوت من الوجه الذى بينا، فلا يثبت مع الشك^(٤). وأما قوله: إن الناقل للحديث فيما تعم به البلوى هو الناقل له فيما تخص به البلوى.

قلنا: تعديله فيما يرويه بغالب ظنوننا، وذلك لا يمنع وقوع الغلط والنسيان فى بعض ما يرويه، بل يجوز إنه زور عليه فى بعض ذلك، على أنه يجوز أن يكون الإتمان عدلاً مقبول القول

(١) راجع: الإحكام للأمدى ١٦١/٢، للمستصطفى للغزالي ١٧١/١، للمحصل للرازي ٢١٧/١، للمعتد ١٦٩/١.

(٢) راجع: الإحكام للأمدى ١٦١/٢، مختصر ابن الحاجب ٧٢/٢، التقرير والتحرير ٢٩٦/٢، ٢٩٧.

(٣) راجع: حجية خبر الأحاد وأثرها فى الفقه الإسلامى د/ حسن سنوسى ص ٣٧٩.

(٤) راجع: بذل النظر للائسندى ص ٤٧٦.

فى بعض أقواله، ولا يكون كذلك فى البعض، كشهادة الأب لا تقبل لابنه وتقبل للأجنبي؛ لتمكن الشبهة فى أحدهما دون الآخر^(١).

وأما الثانى:

قلنا: إن كان ما سئل النبى - ﷺ - عنه مما نعم به البلوى، لابد أن نعم الكل ببيانه، وأن يتكرر منه السؤال، بحسب تكرار الحاجة فيصير شائعاً^(٢).

وأما الثالث:

قلنا: حال ابتداء الشرع يخالف حالة الانتهاء فى هذا الحكم؛ لأن الشريعة لم تكن مستقرة حينئذ، ولم يمتنع أن ينتهى خبر البيان إلى البعض دون البعض، فأما اليوم فقد أستقرت الشريعة، فمحال أن يبقى فى خبر الأحاد ما نعم به البلوى، كالحوادث الواقعة فيما بين الناس: يخالف حال ابتدائها حال انتهائها فى الاشتهار^(٣).

وما ذكرتموه من المعقول فى الوجه الرابع والخامس: مبنى على أن خبر الواحد فيما نعم به البلوى مظنون، وليس كذلك.

وبيانه من وجهين:

* الوجه الأول: أن ما نعم به البلوى: كخروج الخارج من المسبيلين ومس الذكر، مما يتكرر فى كل وقت، فلو كانت

(١) راجع: بذل النظر للإسنادى ص ٤٧٦، ٤٧٧.

(٢) المرجع السابق:

(٣) المرجع السابق:

الطهارة مما تنقض به لوجب على النبي - ﷺ - إشاعته وأن لا يقتصر على مخاطبة الأحاد به، بل يلقيه على عدد التواتر مبالغة في إشاعته، حتى لا يفضى ذلك إلى إبطال صلاة أكثر الخلق وهم لا يشعرون، فحيث لم ينقله سوى الواحد دل على كذبه^(١).

*** الوجه الثاني:** أن ذلك مما يكثر السؤال عنه والجواب والدواعي متوفرة على نقله، فحيث انفرد به الواحد دل على كذبه، كانفراد الواحد بنقل خبر قتل أمير البلد في السوق بمشهد من الخلق، وطرؤ حادثة منعت الناس من صلاة الجمعة وأن الخطيب قد سب الله ورسوله على المنبر إلى غير ذلك من الوقائع، ولهذا فإنه لما كان القرآن مما تعم به البلوى بمعرفته امتنع إثباته بخبر الواحد^(٢).

ويجاب عما ذكره بما يلي:

بأن ما ذكر في الوجه الأول من التكذيب يكون صحيحاً لو كان النبي - ﷺ - مكلفاً بإشاعته على لسان أهل التواتر، وهو غير مسلم^(٣)؛ وذلك لأن الله تعالى لم يكلف رسوله - ﷺ - إشاعة جميع الأحكام، بل كلفه إشاعة البعض، وجوز له رد الخلق إلى خبر الواحد في البعض، كما جوز له ردهم إلى القياس في قاعدة الربا وكان يسهل عليه أن يقول: لا تبيعوا المطعوم بالمطعوم، من الأثنياء الستة، فيجوز أن يكون ما تعم به البلوى من جملة ما تقتضى مصلحة الخلق أن يرد فيه إلى خبر

(١) راجع: الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ١٦٢/٢.

(٢) راجع: الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ١٦٢/٢.

(٣) راجع: المرجع السابق.

الواحد، ولا استحالة فيه، وعند ذلك يكون صدق الراوى ممكناً، فيجب تصديقه، وليس علة الإشاعة عموم الحاجة أو نزورها، بل علة التعبد والتكليف من الله تعالى^(١).

قال الإمام الغزالي في المستصفى:

فإن قيل: فما الضابط لما تعبد الرسول - ﷺ - فيه بالإشاعة.

قلنا: إن طلبتم ضابطاً لجوازه عقلاً، فلا ضابط، بل لله تعالى ان يفعل في تكليف رسوله من ذلك ما يشاء.

وإن أردتم وقوعه: فإنما يعلم ذلك من فعل رسول الله - ﷺ - وإذا استقرينا السمعيات وجنناها أربعة أقسام:

الأول: القرآن:

وقد علمنا أنه عني بالمبالغة في إشاعته.

الثاني: مباني الإسلام الخمس: ككلمتي الشهادة والصلاة والزكاة والصوم والحج.

وقد أشاعه إشاعة اشترك في معرفتها العام والخاص.

الثالث: أصول المعاملات التي ليست ضرورية، مثل: البيع والنكاح والطلاق والعناق والاستيلاء والتدبير والكتابة.

فإن هذا تواتر عند أهل العلم وقامت به الحجة القاطعة: إما بالتواتر، وإما بنقل الآحاد في مشهد الجماعات مع سكوتهم، والحجة تقوم به، لكن العوام لم يشاركوا العلماء في العلم، بل فرض العوام فيه القبول من العلماء.

(١) راجع: كشف الأسرار للبخاري ١٧/٣، المستصفى للغزالي ١٧٢/١.

الرابع: تفاصيل هذه الأصول: فما يفسد الصلاة والعبادات وينقض الطهارة من اللمس واللمس والقئ وتكرار مسح الرأس. فهذا الجنس منه ما شاع، ومنه ما نقله الآحاد، ويجوز أن يكون مما تعم به البلوى.

فما نقله الآحاد فلا استحالة فيه ولا مانع.

فإن ما أشاعه كان يجوز أن لا يتعب فيه بالإشاعة، وما وكله إلى الآحاد كان يجوز أن يتعب فيه بالإشاعة، لكن وقوع هذه الأمور يدل على أن التعب وقع كذلك، فما كان يخالف أمر الله - سبحانه وتعالى - في شيء من ذلك^(١).

وقولهم: إنه يلزم من عدم ذلك إبطال صلاة أكثر الخلق غير مسلم، لأن من لم يبلغه ذلك فالنقض غير ثابت في حقه، ولا تكليف بمعرفة ما لا يقيم عليه دليل^(٢).

وما ذكروه في الوجه الثاني: إنما يلزم توفر الدواعي على نقله أن لو كان لا طريق إلى إثباته سوى النقل المتواتر، وأما إذا كان طريق معرفة ذلك إنما هو الظن، فخير الواحد كاف فيه، ولهذا جاز إثباته بالقياس إجماعاً^(٣).

وما استشهدتم به من الوقائع من الانفراد بخبر قتل أمير البلد في السوق، وأن حادثة طرأت منعت الناس من أداء صلاة الجمعة ونحوها غير مشابه لما نحن فيه، إذ الطباع مما تتوافر

(١) راجع: المستصفى للفتاوى ١٧٣/٢.

(٢) راجع: الأحكام في أصول الأحكام للامدني ١٦٢/٢، للمعتمد ١٦٩/٢.

(٣) راجع: المراجع السابقة.

على نقلها وإشاعتها عادة، فانفراد الواحد بالإخبار عنها يدل على كذب^(١).

وأما القرآن فإنما امتنع إثباته بخبر الواحد، لا لكونه مما تعم به البلوى، بل لكونه المعجز في إثبات نبوة النبي محمد - ﷺ - وطريق معرفته متوقف على القطع، ولذلك وجب على النبي - ﷺ - إشاعته وإقاؤه على عدد التواتر، وما عدا القرآن مما أشيع إشاعة اشترك فيها الخاص والعام: كأركان الإسلام الخمس وأصول المعاملات مثل أصل البيع والنكاح والطلاق والعتاق وغير ذلك من الأحكام مما كان يجوز أن لا تشيع فذلك مرده أنه - ﷺ - كان متعبداً بإشاعته^(٢).

وأما الإلزام: فهو أن الوتر وحكم الفصد والحجامة والقهقهة في الصلاة ووجوب الغسل من غسل الميت وإفراد الإقامة وتثنيتهما فمن قبيل ما تعم به البلوى، ومع ذلك فقد أثبتتها الخصوم - الأحناف - بأخبار الآحاد^(٣).

قلت: ويمكن بيان ذلك على سبيل التفصيل: فقول.

١- الإقامة: سنة مؤكدة في الفرائض الوقتية والفائتة، على المنفرد والجماعة، للرجال والنساء عند الجمهور، غير الحنابلة، إذ قالوا: ليس على النساء آذان أو إقامة.

(١) راجع: الأحكام للامدنى ١٦٢/٢.

(٢) راجع: المرجع السابق.

(٣) راجع: الأحكام في أصول الأحكام للامدنى ١٦٢/٢، المستصفى للزغلي ١٧٢/٢، المعتمد ١٦٩/، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٧٧.

وقد اختلف في صفة الإقامة: والذي يراه الأحناف: أن الإقامة مشى مشى، مع تربيع التكبير مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد حى على الفلاح: قد قامت الصلاة مرتين^(١)، (٢). واستدلوا على ذلك: بحديث عبد الله بن زيد^(٣) - رضي الله عنه - أنه جاء إلى النبي - ﷺ - فقال: يا رسول الله: إنى رأيت فى النوم كأن رجلاً نزل من السماء عليه بردان أخضران، نزل على حائط من المدينة، فأذن مشى مشى ثم جلس، ثم أقام فقال مشى مشى^(٤).

فهذا خبر واحد، عمل به الحنفية فى أمر تعم به البلوى، حيث إن الأذان يتكرر فى اليوم خمس مرات.

وفى هذا يقول الإمام الرازى:

إن أمر الإقامة من أظهر الأشياء وأكثرها شهرة، فلو كانت مشى، لنقل ذلك نقلاً متواتراً، وحيث لم ينقل ذلك على سبيل التواتر، علمنا أنها ما كانت مشى، بل كانت فرادى. قالوا: ولو كانت فرادى، لنقل كونها فرادى، نقلاً متواتراً وحيث لم ينقل ذلك، علمنا أنها ما كانت فرادى.

(١) راجع: الاختيار لتعليل المختار ٥٦/١، شرح فتح القدير، بدائع الصنائع ١٤٨/١.

(٢) بينما يرى الإمام مالك، والإمام الشافعى، والإمام أحمد: أن الإقامة كلها فرادى، عدا: قد قامت الصلاة، فهى مرتين عند الشافعى وأحمد.

المعنى لابن قدامة ٤٠٦/١، روضة الطالبين للنووى ٣٠٩/١، بداية المجتهد لابن رشد ١١٠/١، مغنى المحتاج ١٣٦/١.

(٣) هو الصحابى الجليل: عبد الله بن زيد بن الحارث الأنصارى، توفى سنة ٣٢هـ.

(٤) راجع: سنن الدارقطنى ٢٤٢/١، نيل الأوطار ٤٤/٢، سبل السلام ١٤٣/١.

قلنا: كونها متنى إشارة إلى كونها مذكورة في المرة الثانية، وهذا ليس موجوداً، ولو كان موجوداً في المرة الثانية حاصلاً، لكانت الدواعي في غاية التوفر على نقله، وحيث لم ينقل، علمنا أنه ما كان موجوداً.

أما كونه فرادى، إشارة إلى عدم الذكر في المرة الثانية فالعدم لا حاجة فيه إلى الذكر، لأن الأصل في الأشياء العدم فظهر الفرق.

ثم قال الإمام الرازي بعد ذلك: والذي يقرر ما ذكرناه: أن مذهب أبي حنيفة: أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى يجب أن يكون مردوداً.

قال: "لأنه لو كان موجوداً لتوفرت الدواعي على نقله وكان يجب أن ينقل نقلاً متواتراً، وحيث لم ينقل علمنا أنه باطل^(١).

٢- اختلف الفقهاء في نقض الوضوء من القهقهة أثناء الصلاة والذي عليه الحنفية: أن القهقهة تنقض الوضوء وتبطل الصلاة التي لها ركوع وسجود^(٢).

(١) راجع: مناقب الإمام الشافعي للرازي ص ٤٧٩، ٤٨٠.

(٢) وذهب الأئمة الثلاثة: مالك، والشافعي، وأحمد، إلى أن القهقهة لا تنقض الوضوء وإن كانت تبطل للصلاة. المبسوط ٧٧/١، الاختيار لتعليل المختار ٥/١، فتح القدير ٤٦/١، الأم ٥٧/١، الفقه على المذاهب الأربعة ٨٧/١، بدلية المجتهد لابن رشد ٤٠/١، المعنى لابن قدامة ١٧٧/١.

وامتدلوا على ذلك بأدلة:

منها: ما روى عن أبي العالية^(١): أن أعمى تردى في بئر والنبي ﷺ - يصلي بأصحابه، فضحك بعض من كان يصلي مع النبي ﷺ - فأمر النبي ﷺ - من ضحك منهم أن يعيد الوضوء والصلاة^(٢).

٣- ظاهر مذهب الإمام أبي حنيفة - خلافاً للجمهور - وجوب الوتر^(٣).

واحتجوا لذلك:

- بما روى عن ابن عمر - ؓ - قال: قال رسول الله ﷺ - إن الله زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها^(٤).
- ما روى عن خارجة بن حذافة - ؓ - قال خرج علينا رسول الله ﷺ - فقال: إن الله قد أمدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم: الوتر، جعله الله لكم فيما بين صلاة العشاء إلى أن يطلع الفجر^(٥).

(١) هو رفيع بن مهران الريحاني، من كبار التابعين، توفي سنة ١٢هـ، وقيل غير ذلك راجع: تذكره الحفاظ ٦١/١، تهنيت لتهذيب ٢٨٦/٨.

(٢) راجع: السنن الكبرى ١٤٦/١، سنن الدارقطني ١٦٣/١.

(٣) راجع: التهذيب ٦٥/١، بدائع الصنائع ٢٧١/١، الشرح الصغير للدريدر ١٦٩/١، المعنى لابن قدامة ١٥٩/٢.

(٤) راجع: نيل الأوطار ٤٠/٣.

(٥) راجع: سنن الدارقطني ٣٠/٢، سنن ابن ماجه ٣٦٩/١، المستدرک ٣٠٦/١.

٤- الخارج للنفس من البدن من غير السبيلين: كالرعاف والقيء- إن ملأ القم - والفصد والحجامة ينقض الوضوء عند الحنفية^(١).

واحتجوا لذلك: بما روى عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله - ﷺ - من أصابه قي أو رعاف أو قلس أو مذي فليتنصرف فليتوضأ، ثم ليبن على صلاته، وهو في ذلك لا يتكلم^(٢).

فهذه الأمور المذكورة مما تعم بها البلوى، وقد أثبت لها الحنفية حكماً بخبر آحاد وهذا يخالف مذهبهم في أن خبر الواحد لا يحتج به فيما تعم به البلوى.

أجاب الحنفية: بأن هذه المسائل ليست من باب ما تعم به البلوى؛ لأنها نادرة الوقوع، فالفصد لا يكثر للمتوضئين، والقهقهة في الصلاة ليست مما يكثر، وما تعم به البلوى فعل يكثر تكرره سبباً للوجوب عليهم، فيحتاج الكل إلى معرفته حاجة شديدة كالبول والصلاة، أو حال يكثر تكرره للكل حال كونه سبباً للوجوب عليهم أيضاً، فيحتاج الكل إلى معرفته حاجة شديدة، سواء كان مبنياً على اختيارهم أو غير مبنى عليه كالحدث عن

(١) وقال مالك والشافعي لا ينقض، وقال أحمد: إن كان كثيراً فأحشأ نقض قولاً واحداً، وإن كان يسيراً، فروى عنه النقض وعنده.

(٢) راجع: بدائع الصنائع ٢٤/١، لفة على المذاهب الأربعة ٨١/١، الاختيار لتعليل المختار ١٤/١ للمغنى لابن قدامة ١٨٤/١، الام ٥٣/١، ٥٤، للشرح الصغير للدريز ٥٥/١.

المس، فإن سببه -وهو المس- يكثر، بخلافه عن التقاء الختانيين، فإنه لا يكثر، لعدم كثرة سببه.

وأما قبول خبر الواحد الدال على وجوب الوتر فقد اشتهر أن النبي - ﷺ - فعله وأمر بفعله^(١).

ويجاب عن هذا من قبل الجمهور: بأن هذه المسائل واقعة في نطاق ما تعم به البلوى، وإن لم تكن من مثل عموم حكم مس الذكر في انتقاض الوضوء به، فالفصد والحجامة وإن كان لا يتكرر كل يوم من كل إنسان على حده، لكنه يكثر على مستوى عموم الخلق، لاسيما إذا عرفنا أن خصوص الفصد والحجامة غير مقصود بذاته، بل المراد ما يخرج من غير السبيلين، ولا شك أن الناس يبتلون به كثيراً. وأما دعوى الاشتهار على صلاة الوتر. فهي غير مسموعة.

قال الإمام الرازي: وليس يعصمهم من ذلك: أنه قد تواتر النقل بالوتر؛ لأن وجوبها يعم به البلوى، ولم يتواتر نقله^(٢). وذلك لأن العبرة في اشتهار الخبر وعدمه: بقول أئمة الحديث لا بقولكم، والأحاديث التي سبق ذكرها عند أئمة الحديث آحاد^(٣).

(١) راجع: للتقرير والتحبير ٢٩٧/٢، أصول السرخسي ٣٦٩/١.

(٢) راجع: المحصول للرازي ٢١٧/٢.

(٣) راجع: المستصفى للقرافي ١٧٢/١، المحصول للرازي ٢١٧/٢، للمعتمد ١٦٩/٢، حجة خبر الآحاد د/ حسن سنوسي ص ٣٨٦.

ثانياً: أدلة النافين

استدل النافون لحجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى بالنص، والإجماع، والمعقول.

- أما النص: ما روى عن محمد بن سيرين^(١) عن أبي هريرة^(٢) - رضي الله عنه - قال "صلى بنا رسول الله - ﷺ - إحدى صلاتي العشاء - قد سماها أبو هريرة لكن نسيت - فصلى بنا ركعتين، ثم سلم، فقام إلى خشبة معروضة في المسجد فاتكأ عليها ووضع يده اليمنى على اليسرى، وشبك بين أصابعه ووضع خده الأيمن على ظهر كفه اليسرى، وخرجت سرعان الناس من أبواب المسجد، فقالوا: قصرت الصلاة وفي القوم لبوكر وعمر فهاباه أن يكلماه، وفي القوم رجل فى يده طول يقال له ذو اليندين^(٣)، فقال يارسول الله: أنسيت، أم قصرت الصلاة؟ فقال لم أنس ولم تقصر.

فقال أو كما يقول ذو اليندين؟ فقالوا: نعم، فتقدم فصلى ما ترك، ثم سلم^(٤).

(١) هو محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري البصري، مولى أنس بن مالك، توفي بالبصرة سنة ١١٠هـ. راجع: سير أعلام النبلاء ٦٠٦/٤، طبقات بن سعد ١٩٣/٧.

(٢) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي، لزم النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى أصبح أكثر الصحابة حفظاً، توفي سنة ١٥٩هـ. راجع: تذكرة الحفاظ.

(٣) هو الصحابي الجليل الخرياق بن عمرو السلمي. راجع: أمد الغاية ١٧٩/٢.

(٤) راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٩٩/٣، صحيح مسلم بشرح النووي ٦٧/٥، وما بعدها، نزل الأوطار للشوكاني ١٣٠/٣.

ووجه الدلالة:

أن حكم الصلاة مما تعم به البلوى، وتتوافر الدواعي على السؤال على حكمها، خصوصاً للصحابة - رضى الله عنهم - لما كانوا عليه من الاهتمام بأمور الدين، فلما انفرد ذو اليمين بإخباره بالسهو، ولم يقبل منه النبي - صلى الله عليه وسلم - لمجرده حتى تثبت من بقيه الحاضرين، دل على أن انفرد الواحد فيما تعم به البلوى غير مقبول.

ويمكن أن يجاب عن ذلك: بأن توقف النبي - ﷺ - في خبر ذي اليمين، إنما كان؛ لأن الحادثة قد وقعت بين جماعة، ولم يخبر إلا واحد منهم، وهذا فيه احتمال السهو أو الكذب، لأن انفرد واحد بين جماعة مشاركة في سبب العلم مظنه ذلك، فلما زال هذا الاحتمال بانضمام غيره إليه وترجح قوله بخبر جماعة معه، عمل النبي - ﷺ - بذلك، فيكون التوفيق من أجل كونه خبراً تفرد به واحد من بين جماعة، لا أنه خبر واحد، إذا لم يكن توقف النبي - ﷺ - في خبره لكونه وارداً في مسأله تعم بها البلوى^(١).

وأما الإجماع: فهو أن أبا بكر رد حديث المغيرة في الجدة، ورد عمر خبر أبي موسى في الاستئذان^(٢).

(١) راجع: نظم الفقهاء لما تضمنه حديث ذي اليمين من القواعد للحافظ العلاءي ص ٣٩٧، ميزان الأصول في نتائج القول للسمرقندي ص ٤٤٦، بحوث في السنة المطهرة للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ١٧٠، ١٧١.

(٢) راجع: المحصول ٢١٧/١.

أجيب عن ذلك: بأنه كان يجب ذلك الذي قلتم لو لم يقبلوا فيه إلا خبراً متواتراً، فأما إذا لم يقبلوا خبر الواحد، وقبلوا خبر الإثنين، فلا وقد قبلوا خبر الإثنين فيه، فلم ينفعكم ذلك.

أما المعقول: فمن وجوه:

الوجه الأول: بأن العادة تقتضى استفاضة نقل ما تعم به البلوى؛ وذلك لأن ما تعم به البلوى - كمن الذكر - لو كان مما ينتقض به الطهارة لأشاعه النبي - ﷺ - ولم يقتصر على مخاطبة الأحاد، بل يلقيه إلى عدد يحصل به التواتر أو الشهرة؛ مبالغة في إشاعته؛ لئلا يفضى إلى بطلان صلاة كثير من الأمة من غير شعور به.

ولهذا تواتر نقل القرآن، واشتهرت أخبار البيع والنكاح والطلاق وغيرها^(١).

قال شمس الأئمة المرخسى فى أصوله، وكذا البخارى فى كشف الأسرار.

- ولهذا لم تقبل شهادة الواحد من أهل المصر على رؤية هلال رمضان إذا لم تكن بالسماء علة.

- ولم يقبل قول الصبى فيما يدعى من إنفاق مال عظيم على اليتيم فى مدة يسيرة وإن كان ذلك محتملاً؛ لأن الظاهر يكذبه فى ذلك.

(١) راجع: أصول المرخسى ٣٦٨/١، كشف الأسرار للبخارى ١٧/٣.

- ولو انفرد واحد بنقل قتل ملك في السوق، لا يقبل؛ لأن ما تعم به البلوى مما تتوافر الدواعي على نقله، فرواية الواحد له دليل على كذبه.

ثم قالوا: يوضحه: أنا لم نقبل قول الرفضة في دعواهم النص على إمامة علي - عليه السلام - ؛ لأن أمر الإمامة مما تعم به البلوى، لحاجة الجميع إليه، فلو كان النص ثابتاً لنقل نقلاً مستفيضاً، وحين لم ينقل دل على أنه غير ثابت^(١).

وأجاب الجمهور عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عموم البلوى اشتهاً حكمها؛ فإن حكم الفصد والحجامة والقهقهة في الصلاة، وإفراد الإقامة وتثنيتهما، وقراءة الفاتحة خلف الإمام وتركها والجهر بالتسمية وإخفائها، وعامة تفاصيل الصلاة لم تستهر مع أن هذه الحوادث عامة، ويرجع السبب في ذلك: إما لترك كل واحد من النقلة الرواية اعتماداً على غيره، وإما لموت عامتهم في حرب أو وباء، وإما لانشغالهم بالجهاد وغيره^(٢).

وقد يرجع سبب عدم الاشتهاً: إلى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكلف بإشاعة جميع الأحكام، بل كلف بإشاعة البعض، وجوز له رد الخلق إلى خبر الواحد في البعض، كما جوز له ردهم إلى القياس في قاعدة الربا، مع أنه يسهل عليه أن

(١) راجع: أصول المرسى ٣٦٨/١، كشف الأسرار للبخاري ١٧/٣، وراجع: المحصول للرازي ٢١٨/٢، شرح تنقيح القبول للقرافي من ٣٧٢، مختصر ابن الحاجب ٧٢/٢، أصول الفقه د/ محمد أبو النور زهير من ١٢٨.
(٢) راجع: كشف الأسرار للبخاري ١٧/٣، التمهيد للكلوثاني ٨٩/٣.

يقول: لا تتبعوا المطعوم بالمطعوم أو المكيل بالمكيل إلا مثلاً
بمثل، حتى يستغنى عن الاستنباط من الأشياء الستة، فيجوز أن
يكون ما نعم به البلوى من جملة ما تقتضى مصلحة الخلق أن
يردوا فيه إلى خير الواحد، وعند ذلك يكون صدق الراوى
ممكناً، فيجب تصديقه^(١).

ثم إن النبي - ﷺ - ليس مكلفاً بإشاعة الخبر على عدد
التواتر، وإنما هو مكلف بالتبليغ فقط، والتبليغ يتحقق بالتبليغ
لواحد ولأكثر، من غير فرق بين ما نعم به للبلوى وما لا نعم^(٢).
قال الإمام الرازى:

إن ذلك - أى إشاعة الخبر على عدد التواتر - يجب أن
لو كان يتضمن علماً، أو أوجب العمل به على كل حال.
فأما إذا أوجبه بشرط أن يبلغه فليس فيه تكليف مالا
طريق إليه، ولو وجب ذلك فيما نعم به للبلوى: لوجب فى غيره،
لجواز أن لا يصل إلى من كلف به.
فإن قلتم هناك: إنه كلف العمل به بشرط أن يبلغه: قيل
لكم مثله فيما نعم به للبلوى^(٣).

والقول: بأن عدم إشاعة الخبر يوجب فساد العبادة على
الناس من حيث لا يشعرون غير مسلم؛ لأن الأحكام إنما تثبت
بالعلم بها، فمن لم يعلم بالحكم لا يؤخذ بتركه، ومن علم به من

(١) راجع: المستصفى للزلى ١٧٢/١.

(٢) راجع: الأحكام للامدى ١٦٢/٢.

(٣) راجع: المحصول للزلى ٢١٨/٢، المعتمد ١٦٩/٢.

أى طريق وجب عليه العمل به، ولا يشترط لمعرفته التواتر، بل إن غلبه الظن كافية في إثباته، وخبر الواحد يفيد في ذلك.
أما القول: "بأن ما تعم به البلوى مما تتوافر الدواعي على نقله".

فيجلب عنه: بأن الدواعي إنما تتوافر على نقل ما تعم به البلوى، إذا كان لا طريق لثبوته إلا التواتر، ولكن ما تعم به البلوى يثبت بالقياس اتفاقاً، وخبر الواحد ظنى كالقياس، فوجب قبوله فيه.

وأما مسألة إمامة سيدنا على - عليه السلام - فإنها مما تتوفر الدواعي على نقلها، وإذا انفرد واحد بما تتوافر الدواعي على نقله، وقد يشاركه خلق كثير في مشاهدة ذلك الشيء، كما لو انفرد واحد بقتل الخطيب على المنبر فهو كاذب قطعاً؛ لأنه لو كان كذلك لنقل من قبل الجمع الكبير الذى شاهده؛ لأن الدواعي تتوفر على نقله، وإمامة سيدنا على - عليه السلام - من هذا القبيل، ولا كذلك ما تعم به البلوى، فافترقاً^(١).

*** الوجه الثالث:** الخبر حينما يرد في مسألة تعم بها البلوى يكون شاذاً أى ناعراً فيما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال لكافة الناس، ويحتاج العام والخاص إلى معرفته للعمل به، فإذا ورد هذا الخبر آحاداً، فإنه لا يقبل؛ إذ يترتب على قبوله أحد محظورين، وهما: نقصير النبى - صلى الله عليه وسلم - في تبليغ الرسالة، أو

(١) راجع: التبصرة الشيرازي ص ٣١٥، العدة للقاضي أبي يعلى ٨٨٤/٣، التمهيد للكوثري ٩٠/٣.

تقصير الصحابة في نشر ما بلغه النبي - ﷺ - فيهم إلى الناس. (١)

دفع هذا: بأن وجوب التبليغ ليس معناه أن يبلغ كل واحد كل حديث إلى كل واحد، وإنما معناه: عدم الإخفاء، ولذا قال الله - تعالى - " فاسألوا أهل الذكر " (٢).

* الوجه الثالث: أن عدم اشتهاار الحديث فيما تعم به البلوى يدل على عدم ثبوته من النبي - ﷺ - فلا يعمل به. كما إذا اختلف بعض شروطه من إسلام الراوى وعدالته، وغير ذلك.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن ما تعم به البلوى لابد أن يبينه النبي - ﷺ - بياناً شائعاً، إذ هو المتعين لذلك، وواجب عليه بيان شريعة الإسلام، فلا يظن به ترك الواجب.

وبيانه بطريق الشيوع بطريقتين:

الأول: أن يبين النبي - ﷺ - بملأ من الناس.

الثانى: أن يسأله كل من يحتاج إليه فيبينه له، حتى يعم الكل بالبيان وإذا، كان كذلك يشتهر، فلا يبقى في حيز الأحاد (٣).

فإن قيل: لم لا يجوز أن النبي - ﷺ - بين ذلك بياناً ظاهراً، إلا أنهم لم ينقلوه نقلاً مستفيضاً، فلم يشتهر (٤)؟

قلنا: لا نظن بالصحابة رضى الله عنهم- أنهم تغافلوا عن نقل ذلك، وقد تعلق به حكم الشرع، مع ما قد عرفنا من جدهم في أمر الشريعة وحرصهم على بسطها. (٥)

(١) راجع: أصول المرخسى ٣٦٨/١، لتوضيح لمصدر الشريعة ١٨/٢، فتح الغفار لابن نجيم ٩٦/٢.

(٢) من الآية (٤٣) من سورة النحل. وراجع: فتاوى المفتازي ١٨/٢، ١٩.

(٣) راجع: بذل النظر للإسمندى من ٤٧٤، للمعتمد ١٦٨/٢، ١٦٩.

(٤) راجع: بذل النظر للإسمندى من ٤٧٤.

(٥) راجع: المرجع السابق.

فإن قيل: إنما يقدمون على نقله إذا وجب عليهم ذلك، وإنما يجب عليهم ذلك إذا وجب العمل بالحديث، ووجوب العمل بالحديث، موقوف على بلوغ الحديث. فمن لم يبلغه الحديث لا يجب العمل له، فلا يتوافر نقله، فلا يشتهر.

قلنا: كما أن وجوب العمل بالحديث داع إلى نقله، فبسط الشريعة ونشر الأحكام داع إليه، على أن البلوى إذا كانت عامة، فكل واحد يحتاج إلى معرفة أحكامها، حتى لو وقعت الحادثة يمكنه الخروج عن عهدها، فيبعث كل واحد إلى نقله، حتى يتمكن كل من احتاج إليه من معرفة حكمه.

وبهذا الطريق تواتر نقل أصول الشريعة، كالصوم والصلاة والحج والزكاة، فمتى لم يشتهر النقل عند توفر الدواعي، علم أنه غير ثابت^(١).

فإن قيل: ما قولكم في الأخبار الواردة فيما تخص به البلوى: أن النبي - ﷺ - لم يبين بياناً ظاهراً مع تعينه لذلك، أو بين ولم ينقله السامعون، فكل ما تذكرونه في ذلك، فنحن نذكره في المختلف؟

قلنا: لكل ذلك وجه، إذ لا يمتنع أن يكون النبي - ﷺ - بين لمن علم اختصاصه بالحاجة إليه، ولا يكون ذلك كتماناً وتقصيراً في البيان.

ولا يمتنع أيضاً: أن النبي - ﷺ - بين بياناً شامعاً إلا أنهم اقتصرُوا على نقله بسبب الحاجة، فلما ما تعم به البلوى فمحال أن يتقاعدوا عن نقله؛ لتوفر الدواعي إليه^(٢).

(١) راجع: بذل النظر ص ٤٧٥.

(٢) راجع: المرجع السابق.

المبحث الثالث

تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف في حجية خبر الواحد
فيما تعم به البلوى في اختلاف الفقهاء
وفيه أربعة مطلب:

- المطلب الأول: نقض الوضوء بمس الذكر.
- المطلب الثاني: الجهر بالبسملة في قراءة الفاتحة في الصلاة.
- المطلب الثالث: رفع اليدين عند الركوع والرفع منه.
- المطلب الرابع: ثبوت رؤية هلال رمضان بشهادة الواحد.
- المطلب الخامس: ثبوت خيار المجلس في عقد البيع.

المطلب الأول

نقض الوضوء بمس الذكر

اختلف الفقهاء في حكم نقض الوضوء بمس الذكر على
رأين:

الرأى الأول:

أن مس الذكر باليد ناقض للوضوء، وإلى هذا ذهب
الشافعى، ومالك فى المشهور عنه، وأحمد فى إحدى الروايتين
عنه.

غير أن الشافعي يخص ذلك بالمس بباطن الكف، ومالكاً يشترط اللذة أو العمد^(١).

واستدلوا لذلك: بحديث بسرة بنت صفوان^(٢) -رضي الله عنهما- أنها سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: "إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ".

وفى رواية أخرى "من مس ذكره فلا يصل حتى يتوضأ".^(٣)

الرأى الثالث:

أن مس الذكر غير ناقض للوضوء، وإلى هذا ذهب الحنفية.

واستدلوا لذلك: بما روى ... عن قيس^(٤) بن طلق بن على عن أبيه عن النبي - ﷺ - أنه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة، فقال: "هل هو إلا بضعة منك؟"^(٥).

(١) راجع: الأم ٥٥/١، المغنى ١٧٨/١، الشرح الصغير للدريز ٥٩/١، روضة الطالبين ١٨٦/١، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٧٧/١، وما بعدها، تخريج القروع على الأصول للزنجاني ص ٦٤، ٦٥، مغنى المحتاج ٣٥/١.

(٢) هي الصحابية الجليله بسرة بنت صفوان بن نوفل بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب القرشية الأسدية. راجع: الإصابة ٢٥٥٢/٤.

(٣) راجع: الموطأ ٤٢/١، سنن الترمذى ١٢٦/١، السنن الكبرى ١٢٨/١، سنن ابن ماجه ١٦١/١.

(٤) هو الصحابي الجليل: قيس بن طلق بن على بن المنذر بن قيس اليمامي. راجع: الإصابة ٢٣٢/٤.

(٥) راجع: سنن أبي داود ٤٦/١، سنن الترمذى ١٣٢/١.

قال الكمال بن الهمام: وكلا الحديثين مع ذلك لم يسم من الطعن مرة فى بسرة بالجاهلية، ومرة بأن عروة لم يسمع من بسرة، ومرة بالتكلم فى ملأزم وغير ذلك.

وردوا حديث بسرة بنت صفوان: بأنه خير واحد فيما تعم به البلوى. حيث قال الكمال بن الهمام: ومما يدل على انقطاع حديث بسرة باطناً: أن أمر النواقض مما يحتاج الخاص والعام إليه، كذا قال في فتح القدير والتحرير^(١).

ثم قال في التحرير: وهذا السبب كثير التكرار، وخبره هذا لم يشتهر ولم تتلقه الأمة بالقبول^(٢).

وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله: وعلى هذا الاصل لم نعمل بحديث نقض الوضوء من مع الذكر، لأن بسرة تفردت بروايته مع عموم الحاجة لهم إلى معرفة لهم، فالقول: بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - خصها بتعليم هذا الحكم مع أنها لا تحتاج إليه ولم يعلم سائر الصحابة مع شدة حاجتهم إليه شبه المحال^(٣).

- ثم قال: والحق أنهما لا ينزلان عن درجة الحسن، لكن يترجح حديث طلق؛ بأن حديث الرجال أقوى؛ لأنهم أحفظ للعلم وأضبط. ولهذا جعلت شهادة امرأتين بشهادة رجل، وقد أسند الطحاوي إلى ابن المديني أنه قال: حديث ملازم لحسن من حديث بسرة، وما رجح به حديث بسرة من أنه ناسخ؛ لأن طلقاً قدم على النبي - صلى الله عليه وسلم - في أول منى الهجرة وهو بيني المسجد، وكان - صلى الله عليه وسلم - يقول: "قربوا إلي من الطين فإني من أمتكم له ممساً" ومتن حديث بسرة رواه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام، فغير لازم؛ لأن ورود طلق في ذلك ثم رجوعه لا ينفي عوده بعد ذلك. فتح القدير ٥٥/١.

(١) راجع: شرح فتح القدير ٥٥/١، التقرير والتحرير ٢٩٦/٢.

(٢) راجع: التقرير والتحرير على تحرير الإمام الكمال بن الهمام ٢٩٦/٢.

(٣) راجع: أصول السرخسي ٣٦٨/١.

كما قال في المبسوط: وحديث بسرة لا يكاد يصح، فقد قال يحيى بن معين: ثلاث لا يصح فيهن حديث عن رسول الله - ﷺ - منها هذا. وما بال رسول الله - ﷺ - لم يقل هذا بين يدي بسرة، وقد كان رسول الله - ﷺ - أشد حياء من العذراء في خدرها^(١).

المطلب الثاني

الجهر بالبسملة في قراءة الفاتحة في الصلاة الجهرية

الجهر بسورة الفاتحة مشروع بالاتفاق في الصلوات الجهرية.

أما البسملة ففيها خلاف بين الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد^(٢).

أما الإمام مالك^(٣): فإنه يكره عنده الإتيان بالبسملة في الفرض، سواء كان المصلي إماماً أو غيره، سرّاً أو جهراً، لأنها عنده ليست آية من القرآن إلا في سورة النمل^(٤).

(١) راجع: المبسوط ١/٦٦، وراجع: تخریج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٦٤، بدائع الصنائع ١/٣٠، مفتاح الوصول لابن التلمساني ص ١٣، كشف الاسرار للبخاري ١/١٨٨، المستصفى ١/١٧١، ١٧٢، البحر المحيط ١/٢٥٧، أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ص ٢٣٤، مناقب الإمام الشافعي للرزقي ص ٤٣٨.

(٢) هو الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، أحد الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب، توفي سنة ٢٤١ هـ. راجع: تاريخ بغداد ٤/٤١٥.

(٣) هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، إمام دار الهجرة وأحد المذاهب الأربعة، توفي سنة ١٧٩ هـ. راجع: الأعلام ٦/١٢٨، شذرات الذهب ١/٢٨٩.

(٤) راجع: لشرح الكبير مع حاشية النسوي ١/١٢١.

- فذهب الشافعي: إلى أن المصلي صلاة جهرية يجهر
ببسم الله الرحمن الرحيم - فيها، كما يجهر ببقية الفاتحة.
واستدل لذلك:

- بما روى عن ابن عباس^(١) - ؓ - أن النبي - ﷺ -
جهر ببسم الله الرحمن الرحيم^(٢).
- وبما روى عن علي بن أبي طالب - ؓ - قال كان
رسول الله - ﷺ - يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم في
السورتين جميعاً^(٣)،^(٤).

وذهب الإمام أبو حنيفة، والإمام أحمد إلى أنه يمر بها
واحتجوا لذلك: بما روى عن أنس^(٥) - ؓ - قال: صليت خلف
رسول الله - ﷺ - وخلف أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله
عنهم - فلم أسمع أحداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم^(٦).
وردوا الحديث الذي احتج به الشافعي: بأنه خبر واحد
فيما نعم به البلوى، فلا يقبل؛ وذلك لأن القراءة في الصلاة من

(١) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب رضي الله عنهما - أبو العباس الهاشمي
بن عم رسول الله - ﷺ - توفي سنة ٦٨ هـ. راجع: الإصابة ١/٤١، تذكرة الحفاظ
٤٠/١، ٤١.

(٢) راجع: سنن الدارقطني ٣٠٤/١.

(٣) راجع: سنن ابن ماجه ٢٦٧/١، سنن الدارقطني ٣٠٢/١.

(٤) راجع: حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي ١/١٤٨، ١٤٩، مناقب الإمام
الشافعي للرازي ص ٥٠٦، فتح القدير ١/٢٩١، ٢٩٢. تخريج الفروع على الأصول
للزنجاني ص ٦٥، ٦٦.

(٥) هو الصحابي الجليل أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم أبو حمزة الأنصاري
الغفري، خادم رسول الله - ﷺ -، توفي سنة ٩٢ هـ وقيل ٩٣ هـ. راجع: الإصابة
٨٤/١، تذكرة الحفاظ ٤٤/١.

(٦) راجع: سنن الترمذي ١٣٥/٢، سنن ابن ماجه ٢٦٧/١.

الأمر المشهورة، التي يطلع عليها العدد الكثير، فلو كانت السنة الواردة في الجهر بالتسمية صحيحة لا شتهرت روايتها، ونقلها الكثير من الرواة، وصارت مشهورة، فإذا لم تشتهر كان ذلك دليلاً على عدم صحتها^(١).

قال في العناية شرح الهداية:

فإن قيل: خبر الإخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى كحديث مس الذكر، فإن الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة ثلاث في كل يوم وليلة، فلو كان هذا الخبر ثابتاً في الصدر الأول لا شتهر، ولو اشتهر لما بقي الاختلاف في الصدر الأول، ولما بقي الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته.

اجيب: بأن الأحاديث التي تدل على ثبوت الجهر وتوجب الاختلاف قد ذكرنا تأويلها

بأنها محمولة على التعليم، كما شرع الجهر بالتكبير للإعلام، وكما روى عن عمر - رضي الله عنه - أنه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم^(٢).

والصواب أن يقال: هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة، فإن لنا أن نقول خبر الجهر بالتسمية أيضاً مما تعم به البلوى^(٣).

(١) راجع: كنف الأسرار البخاري ١٨/٣، أصول السرخسي ٣٦٨/١، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٦٤، ٦٥، فتح القدير ٢٩١/١، ٢٩٢، أصول الفقه الإسلامي لأبي الدين شعبان ص ٦٥، أصول الفقه لمحمد زكريا البرديسي ص ٢٠٤، أصول الفقه لأبي العيني بدرن ص ٩٣.

(٢) راجع: العناية شرح الهداية ٢٩٢/١.

(٣) راجع: للعناية ٢٩٢/١.

المطلب الثالث

رفع اليدين عند الركوع والرفع منه

ذهب الشافعي أحمد ومالك في المشهور عنه: إلى أن المصلي يرفع يديه عند الركوع والرفع منه، كما يفعل ذلك عند تكبير الإحرام^(١).

واستدلوا لذلك: بما روى عن بن عمر قال: رأيت رسول الله - ﷺ - إذا قام في الصلاة رفع يديه حتى يكونا حذو منكبيه، وكان يفعل ذلك حتى يكبير للركوع، ويفعل ذلك إذا رفع رأسه من الركوع، ويقول: سمع الله لمن حمده، ولا يفعل ذلك في السجود^(٢).

وذهب الإمام أبو حنيفة، وأصحابه، وجماعة من أهل الكوفة: إلى عدم الرفع إلا عند تكبيرة الإحرام^(٣).

واستدلوا على ذلك: بحديث بن مسعود: أنه قال: ألا صلى بكم صلاة رسول الله - ﷺ - فصلى فلم يرفع يديه إلا في أول مرة^(٤).

وقد ورد في ذلك كلام كثير، ولكن الشاهد فيه أنهم لم يعملوا بحديث بن عمر في ذلك؛ لأنه من باب من تعم به البلوى، فكان من حقه أن يشتهر، ولم يشتهر^(٥).

(١) راجع: الأم ٢٣٢/٧، مغني المحتاج ٤٣٥/١، للمغني لابن قدامة ٤٣٥/١ وما بعدها

(٢) راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢١٩/٢، صحيح مسلم بشرح النووي

٩١/٤، سنن الترمذي ٣٦-٣٥/١.

(٣) راجع: شرح فتح القدير ٣١٠/١.

(٤) راجع: سنن الترمذي ٤٠/١.

(٥) راجع: كشف الأسرار للبخاري ٧٨٤/٣، أصول المرخسي ٣٦٩/١.

المطلب الرابع

ثبوت رؤية هلال رمضان بشهادة الواحد

إذا كان يوم التاسع والعشرين من شهر شعبان: فعلى الناس أن يطلبوا هلال رمضان؛ لأداء ما فرض عليهم.
فإذا رأى الهلال جماعة يستحيل اتفاقهم على الكذب في العادة فلا خلاف في ثبوت رمضان بهذه الرؤية.
كما ذهب أكثر أهل العلم إلى أن من أبصر هلال شهر رمضان وحده لزمه الصيام، عدلاً كان أو غير عدل، شهد عند الحاكم أو لم يشهد، قبلت شهادته أوردت.
وقال عطاء^(١) بن أبي رباح والحسن وابن سريين وأحمد - في رواية - إنه لا يلزمه الصوم إلا في جماعة الناس^(٢).
هذا في حق نفسه.

والذي يهمنا هنا - في حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى - ما هو في حق غيره: فهل تقبل شهادة الواحد في ثبوت رؤية هلال شهر رمضان ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول: ذهب الشافعي - في أصح القولين - وأحمد في أظهر الروايتين: إلى أنه يقبل في هلال رمضان قول واحد عدل، ويثبت الصيام بقوله.

(١) هو عطاء بن أبي رباح بن صفوان الجندی اليمامي، نزيل مكة ومفتيها، توفي سنة ١١٤هـ. راجع: تنكرة الحفاظ ٩٨/١، طيقات بن سعد ٤٦٧/٥.

(٢) راجع: المغني لابن قدامة: ١٥٦/٣، المنتقى للباي ٣٩/٢، بدلية المجتهد لابن رشد ٢٨٥/١، بدائع الصنائع ٨٠/٢، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦٠٠/٢.

واستدلوا لذلك:

- بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما - قال تراءى الناس الهلال، فأخبرت النبي - ﷺ - إني رأيته فصام وأمر الناس بصيامه^(١).

- ما روى عن ابن عباس - ﷺ - قال: جاء أعرابي إلى النبي - ﷺ - فقال: إني رأيت الهلال فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: نعم، قال: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم قال: يا بلال^(٢): أذن في الناس فليصوموا^(٣) غداً.

وجه الدلالة:

أن الرسول - ﷺ - صام وأمر بالصوم استناداً إلى إخبار واحد برؤية الهلال، فلو لم تثبت رؤية هلال رمضان بقول الواحد ما فعل الرسول - ﷺ - هذا.

اعترض على وجه الاستدلال: باحتمال أن لا يكون قد شهد عند النبي - ﷺ - غيرهما، أو شهد غيرهما، ومع هذا الاحتمال لا يصح الاستدلال.

أجاب الإمام الشوكاني بقوله: وأما التأويل بالاحتمال المذكور فتعسف وتجويز، لو صح اعتبار مثله لكان مفضياً إلى طرح أكثر الشريعة^(٤).

(١) راجع: سنن أبي داود ٣٠٢/٢، سنن الدارقطني ١٥٦/٢.

(٢) هو سيدنا بلال بن رباح الحبشي، مؤذن رسول الله - ﷺ - ولحد السابقين

إلى الإسلام، توفي سنة ٢٠هـ. راجع: الإصابة ١٦٥/١، الإستهباب ١٤١/١.

(٣) راجع: سنن الدارقطني ١٥٦/٢، سنن أبي داود ٣٠٢/٢، نيل الأوطار ٢٢١/٤.

(٤) راجع: الأم ١٤٠/٢، روضة الطالبين ٢٠٧/٢، ٢٠٨، نيل الأوطار ٢٢٢/٤.

القول الثاني:

لا تثبت رؤية الهلال إلا بشهادة اثنين عدلين فأكثر. وهو المشهور من مذهب المالكية، وبه قال الليث^(١) والأوزاعي^(٢) وروى عن عثمان بن عفان. واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة:

فبما روى عن الحارث بن حاطب قال: عهد إلينا رسول الله - ﷺ - أن ننسك للرؤية فإن لم نره وشهد شاهد عدل نسكنا بشهادتهما^(٣).

وجه الاستدلال: هنا ظاهر، حيث رتب الصوم والفطر على شهادة شاهدين بالرؤية.

أما المعقول: فهو القياس على رؤية هلال شوال.

دفع هذا الاستدلال: بأنه بعد التسليم بصحة الحديث وأنه وارد في رؤية هلال رمضان، فهو يدل بطريق المنطوق على قبول شهادة العدلين في رؤية الهلال، ويدل بطريق المفهوم على أن الواحد لا يقبل قوله في رؤية الهلال، وحجية المفهوم محل خلاف بين العلماء.

(١) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن أبو الحارث المصري، توفي سنة ١٧٥. راجع: البداية والنهاية ٦٧٤/٥، تهذيب التهذيب ٤٥٩/٨.

(٢) هو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، اللخمي، من فقهاء المحدثين، ومن تابع التابعين، توفي سنة ١٥٧هـ. راجع: البداية والنهاية ١١٥/١٠، تهذيب الأسماء واللغات ٢٩٨/١.

(٣) راجع: سنن الدارقطني ١٦٧/٢، سنن أبو داود ٣٠١/٢، نيل الأوطار ٢٢٤/٤.

- وعلى فرض أن هلال شوال لا يثبت إلا بشئين نفرق بين رمضان وشوال، لأن في رؤية هلال رمض أن دخول في الفريضة وفي رؤية هلال شوال خروج من الفريضة فكان في الأول الاختصار على واحد احتياطاً لفرضية الصوم، ولهذا لم يجز في شوال^(١).

القول الثالث:

وهو يرى للفرقة بين حالي للصحو والغيم، وأصحاب هذا القول هم الحنفية.

فإن كان الجو صافياً، وليس هناك ما يمنع من رؤية الهلال من سحاب أو غبار ونحوهما، فلا يقبل قول الواحد في رؤية الهلال؛ لأن ظاهر الحال هنا يكتبه.

قلت: وهم في هذا عاملون بأصلهم: وهو رد خبر الواحد فيما نعم به البلوى.

ويوجهون ذلك فيقولون: لأنه إذا كان هناك جماعة متسلون في الرؤية، والاحتياج إليه، والاعتناء به، ولم يحل بينهم حائل، فالظاهر أن يرى الهلال أكثر من واحد، فإذا لم يره إلا واحد كان مضطراً أو كاذباً.

هذا بخلاف ما إذا كان الجو غير صاف: بأن كان هناك غيم أو سحاب ونحوهما مما يمنع الرؤية عادة، فإنه يجوز أن يتفرد بالرؤية واحد^(٢).

(١) راجع: بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٤/١، المنتقى للبلخي ٣٦/٢، شرح الكبير للدردير ٥٠٩/١، ٥١٠، فقه الإسلامى وألفته للزحيلي ٥٩٩/٢ وما بعدها.

(٢) راجع: الهداية للمرغيناني ١٢١/١، الاختيار لتعليل المختار ١٦٩/١ وما بعدها. بدائع الصنائع ٨٠/٢، فقه الإسلامى وألفته للزحيلي ٥٩٨/٢، ٥٩٩.

قال في بدائع الصنائع: خبر الواحد العدل إنما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر^(١).

وقال صاحب الهداية: وإذا كان بالسما علة. قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال، رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو عبداً، لأنه أمر ديني فأشبهه رواية الأخبار ثم قال: وإذا لم تكن بالسما علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير، يقع العلم بخبرهم؛ لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط، فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعاً كثيراً.

بخلاف ما إذا كان بالسما علة، لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر^(٢).

المطلب الخامس

ثبوت خيار المجلس في عقد البيع

إذا تم الإيجاب والقبول في مجلس العقد، وتفرق المتبايعان بأقوالهما، ولم يتفرقا بلبدهما، فهل يثبت لهما خيار المجلس؟
اختلف العلماء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يثبت لهما خيار المجلس، وهو لجمهور العلماء: منهم الشافعي، وأحمد، وابن حزم^(٣).

^(١) راجع: بدائع الصنائع ٨٠/٢.

^(٢) راجع: الهدية للمرخني ١٢١/١.

^(٣) راجع: الانتاع في حل الفاظ أبي شجاع ٧٨/٢، المحلى لأبن حزم ٣٦٢/٨، حاشيتا قنوبى وعميرة ١٩٠/٢، ثمغنى لابن قدامة ٥٦٣/٣.

واستدلوا لذلك بأدلة

منها:

- ما روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا، إلا بيع الخيار^(١).

وجه الاستدلال:

وجه الدلالة من هذا الحديث: هو أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أثبت للمتبايعين الخيار في المبيع بعد البيع إلى التفرق؛ لأنهما لا يكونان متبايعين إلا وقد وقع البيع منهما، والمتبادر من التفرق: إنما هو التفرق بالأبدان، لا بالأقوال، والتبادر من أمارات الحقيقة.

بل في رواية أخرى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه كان إذا بايع رجلاً وأراد أن لا يقبله - أى لا يفسخ البيع - قام فمشى هنيئة ثم رجع^(٢).

وفي هذا دليل على أن التفرق بالأبدان لا بالقول^(٣).

الرأى الثانى: لا يثبت خيار المجلس، بل متى تفرق المتبايعان بالقول فلا خيار إلا ما شرط.

بمعنى: أن عقد البيع ينعقد لازماً إذا تمت الصيغة بالإيجاب والقبول. وهو لفقهاء الحنفية والمالكية.

(١) راجع: للموطأ ٦٧١/٢، نيل الأوطار ٢٩٠/٥.

(٢) راجع: صحيح مسلم ١٧٥/١٠، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٣٢٦/٤.

(٣) راجع: صحيح مسلم بشرح النووي ١٧٥/١٠.

واستدلوا لذلك بأدلة.

منها:

- قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ^(١).

وقوله تعالى: "وأوفوا بالعهد" ^(٢).

ووجه الاستدال:

أن البيع قبل التفرق، أو التأخير يصدق عليه أنه عقد، وأنه عهد، فيكون واجب الوفاء، ولا يكون كذلك إلا إذا كان لازماً.

أجيب عن ذلك: بأن الآية مطلقة وقد قيدها حديث ابن عمر الثابت عن رسول الله - ﷺ - ^(٣).

قلت: إلى غير ذلك من الأدلة التي لم تسلم من الدفع والرد.

ولكن الشاهد في هذا الفرع: هو أن الحنفية ردوا حديث ابن عمر الذي استدل به الجمهور ولم يعملوا به، وذلك لأنه ورد خبراً واحداً في مسألة تعم بها البلوى، على ما قال ابن التلمساني في مفتاح الوصول، والزنجاني ^(٤) في التمهيد ^(٥).

وكذلك فعل المالكية: حيث ردوا خبر ابن عمر في هذا، ولكن ليس لكونه وارداً في مسألة تعم بها البلوى، فهم يقولون بحجيته، كما سبق، وإنما لمخالفته لعمل أهل المدينة ^(٦).

^(١) من الآية (١) من سورة المائدة.

^(٢) من الآية (٣٤) من سورة الاسراء.

^(٣) راجع: الهدية ٢٠/٣، دائع الصنائع ٢٢٨/٥، المنتقى للباي ٥٥/٥، بدلية المجتهد ١٧١/٢، المحلى لابن حزم ٣٦٨/٨.

^(٤) هو محمود بن أحمد الزنجاني، أبو المناقب، الشافعي، من مؤلفاته: تخريج الفروع على الأسور، توفي سنة ٦٥٦هـ، راجع: الأعلام ١٦١/٧، الفتوح المبين ٧٠/٢.

^(٥) مفتاح الوصول إلى علم الأصول ص ١٣، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٦٦.

^(٦) راجع: بدلية المجتهد ١٧١/٢.

الخاتمة

بعد حمد الله الذى تتم بنعمته الصالحات، وشكر القدير العاصم من الزلات.

فهذا هو بحثى، الذى بذلت فيه قصارى جهدى.
وقد استبان منه:

أن المراد "بعموم البلوى" ما تمس الحاجة إليه فى عموم الأحوال، وينتشر وقوعه بحيث يعسر الاستغناء عنه ويعسر الاحتراز منه إلا بمشقة زائدة.
أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى مردود عند عامة الحنفية، مقبول عند غيرهم.

أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى له أثر كبير فى الفروع الفقهية على ضوء ما ورد من أقوال العلماء فى خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

والله أسأل أن يوفق الجميع إلى ما فيه رضاه عنهم، حتى يسعدوا فى دينهم، ويفوزوا فى أخراهم، وأن يتعمد علماء هذه الأمة ومجتهديها بعضهم رحمته، ويسكنهم فسيح جناته، فقد تركوا لنا تراثاً عزيزاً غالباً، كان بمثابة مشاعل الهدى على الطريق.
كما أسأله أن يوفقنا إلى خدمة شريعته، ويلهمنا الصواب فإنه نعم الموفق والمعين.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أهم مراجع البحث

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أثر اختلاف الأصوليين في اختلاف الفقهاء، د/ مصطفى سعيد الخن، ط، مؤسسة الرسالة.
- ٣- إرشاد الفحول، محمد بن علي الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، ط. محمد علي صبيح.
- ٤- أصول السرخسي، شمس الأئمة: محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ، ط. دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ٥- أصول الفقه، محمد أبو النور زهير، ط. دار الطباعة المحمدية.
- ٦- أصول الفقه أ.د/ زكي الدين شعبان. ط. دار نافع للطباعة والنشر.
- ٧- أصول الفقه أ.د/ بدران أبو العنين بدران، ط. دار المعارف ١٩٦٩م.
- ٨- أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى، ط. دار الفكر ١٤٠٩هـ.
- ٩- إعلام الموقعين، محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، ط. مطابع الإسلام بالقاهرة.
- ١٠- الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين علي بن محمد الأمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ، ط. محمد علي صبيح بمصر.

- ١١- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار
فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأى والآثار. الإمام الحافظ
أبى عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر
الأندلسى، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، ط. دار الوعى، حلب -
القاهرة.
- ١٢- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعى. جلال
الدين السيوطى.
- ١٣- البحر المحيط، محمد بن بهادر بن عبد الله، التركى؛
المصرى، الزركشى، المتوفى سنة ٧٩٤هـ، ط. دار
الصفوة للطباعة والنشر بالفرقة ومراجعة د/ عبد الستار
أبو غدة، والشيخ عبد القادر عبد الله الغانم.
- ١٤- البرهان فى أصول الفقه، إمام الحرمين: عبد الملك بن عبد
الله الجوينى المتوفى سنة ٤٧٨هـ، ط. دار الأنصار
بالقاهرة تحقيق د/ عبد العظيم الديب.
- ١٥- التقرير والتحبير، محمد بن محمد بن حمد بن حسن
الحلبى، المتوفى سنة ٨٧٩هـ، ط. دار الكتب العلمية،
بيروت.
- ١٦- انعدة فى أصول الفقه. أبو يعلى: محمد بن الحسين الفراء
التائسى النخعى، المتوفى سنة ٤٥٨هـ، تحقيق د/ أحمد بن
المباركى، ط. الرياض بالسعودية.
- ١٧- المبسوط: شمس الأئمة، محمد بن أحمد المرخسى، ط.
دار المعرفة - بيروت.

- ١٨- المحصول في علم الأصول، للفخر الرازي، محمد بن عمر الرازي، المتوفى سنة ٦٠٦هـ، ط . دار الكتب العلمية.
- ١٩- المستقصى من علم الأصول للغزالي، أبو حامد: محمد بن حمد الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، طبع مع فواتح الرحموت، ومسلم الثبوت، ط . للطبعة الأميرية.
- ٢٠- الموطأ للإمام مالك بن أنس الأصبحي، المتوفى سنة ١٧٩هـ، ط . مكتبة المتنبى.
- ٢١- بحوث في السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود بخرطى، ط . دار الكتب العلمية ١٤٠٢هـ.
- ٢٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد، المتوفى سنة ٥٩٥هـ، ط . مصطفى الحلبي.
- ٢٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ط . دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٦هـ.
- ٢٤- بطل النظر في الأصول، الإمام محمد بن عبد الصمد الأسعدي المتوفى سنة ٥٥٢هـ، ط . مكتبة دار التراث بالقاهرة، تحقيق وتعليق د/ محمد زكي عبد البر.
- ٢٥- تيسير التحرير، محمد أمين، المعروف بلاشاه الحسيني الحنفي، ط . مصطفى البلبى الحلبي.
- ٢٦- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح الجلال المحلي، ط/ عيسى الحلبي.

- ٢٧- حاشية الدسوقي للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي
على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدبرير، ط . دار
إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي.
- ٢٨- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته
د/ صالح بن عبد الله بن حميد، ط . دار الإستقامة
١٤٠٤هـ، الطبعة الثانية.
- ٢٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين أبو زكريا يحيى بن شرف
النووي، ط . دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣٠- سنن أبي داود .. الحافظ، سليمان بن الأشعث السجستاني،
المتوفى سنة ٢٧٥هـ.
- ٣١- سنن الترمذي/ أبو عيسى، محمد بن عيسى الترمذي،
المتوفى سنة ٢٩٧هـ.
- ٣٢- شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ... شمس الدين،
محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤هـ، ط . المطبعة
الأزهرية المصرية.
- ٣٣- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب عضد الدين، عبد
الرحمن ابن أحمد الإيجي المتوفى سنة ٧٥٦هـ، ط/ مكتبة
الكلية الأزهرية.
- ٣٤- شرح للكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير) ...
محمد بن أحمد المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ،
ط/ دار الفكر بدمشق.

- ٣٥- شرح اللمع فى أصول الفقه ... أبو إسحاق: إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق د/ عبد المجيد تركى، ط . دار الغرب الإسلامى.
- ٣٦- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول ... شهاب الدين أبو العباس ... أحمد بن إدريس القرافى، المتوفى سنة ٦٨٤هـ، ط . شركة الطباعة الفنية المتحدة.
- ٣٧- شرح فتح القدير ... كمال الدين: محمد بن عبد الواحد بن الهمام، المتوفى سنة ٨٦١هـ، طبع مع شرح العناية، ط/ مصطفى الحلبى.
- ٣٨- صحيح مسلم بشرح النووى ... أبو الحسين: مسلم بن الحجاج النيسابورى، المتوفى سنة ٢٦١هـ، ط . دار الريان.
- ٣٩- فتح البارى شرح صحيح البخارى ... الحافظ: أحمد بن على بن حجر العسقلانى، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، ط . دار الريان.
- ٤٠- كشف الأسرار على أصول البزدوى ... علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، ط . دار الكتاب العربى، بيروت.
- ٤١- ميزان الأصول فى نتائج العقول للسمرقندى، ط .
- ٤٢- الوجيز فى أصول الفقه للإمام يوسف بن الحسين الكراماستى، المكتب الثقافى للنشر والتوزيع ١٩٩٠م، طبعة أولى.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٧٧٧	المقدمة:
٧٨١	المبحث الأول: فى تعريف خبر الواحد لغة واصطلاحاً
٧٨٢	المطلب الأول: تعريف الخبر لغة
٧٨٤	المطلب الثانى: تعريف الواحد لغة
٧٨٥	المطلب الثالث: تعريف خبر الواحد اصطلاحاً
٧٨٩	المبحث الثانى: حجية خبر الواحد فيما نعم به البلوى
٧٨٩	المطلب الأول: بيان ضابط عموم البلوى
٧٩٧	المطلب الثانى: فى أقوال العلماء، وتحقيق مذهب الحنفية
٧٩٧	- أقوال العلماء
٨٠٣	- تحقيق مذهب الحنفية
٨٠٥	المطلب الثالث: فى الأدلة
٨٠٥	أدلة المثبتين
٨٢٣	- أدلة النافين
	المبحث الثالث: تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف فى حجية
٨٣١	خبر الواحد فيما نعم به البلوى فى اختلاف الفقهاء
٨٣١	المطلب الأول: نقض الموضوع بمس الذكر
٨٣٤	المطلب الثانى: الجهر بالبسملة فى قراءة الفاتحة فى الصلاة ..
٨٣٧	المطلب الثالث: رفع اليدين عند الركوع والرفع منه
٨٣٨	المطلب الرابع: ثبوت رؤية هلال رمضان بشهادة الواحد
٨٤٢	المطلب الخامس: ثبوت خيار المجلس فى عقد البيع
٨٤٥	الخاتمة:
٨٤٦	مراجع البحث
٨٥١	فهرس الموضوعات

الترقيم الدولي: I.S.B.N

٩٧٧-٥٥٣٢-٧٩-٥

مطبعة الصفا والمروة
١٦ ش الروضة - أسبوط



كلية الشريعة والقانون

حقيقة الغرة

إعداد
أ.د. سيف رجب قزامل

أ.د. سيف رجب قزامل

رئيس قسم الفقه المقارن

وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله نعمده ونستعين ونستهديه ونصلي ونسلم على
خاتم رسل الله سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه
وأتباعه ومن والاه،

وبعد،

فمن فضل الله تعالى أن بين في كتابه الكريم مما يتعلق
بخلق الانسان ومراحل نشأته ليبين مدى العناية به حيث هو
ال خليفة الذي سواه بيده ونفخ فيه من روحه ولكي يظهر لنا مدى
كمال حكمته وقدرته في الهيمنة على أحوال خلقه، وحتى نوقن
أن البعث حق فمن قدر على خلق الانسان من ماء مهين ثم نقله
الى العلقه ثم إلى المضغة ثم نفخ فيه الروح قادر على إعادة ما
بداه بل ذلك أدخل في القدرة من تلك، وأهون في القياس قال الله
تعالى:

(وهو الذى يبدؤا الخلق ثم يعيده وهو أهون عليه وله المثل
الأعلى فى السماوات والأرض وهو العزيز الحكيم)^(١)
ويقول الله تعالى: يا أيها الناس إن كنتم فى ريب من البعث فإننا
خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة
وغير مخلقة لنبين لكم ونقر فى الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى
ثم نخرجكم طفلاً ثم لتبلغوا أشدكم ومنكم من يتوفى ومنكم من
يرد إلى أرذل العمر لكى لا يعلم من بعد علم شيئاً وترى
الأرض هامة فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من
كل زوج بهيج^(٢).

(١) ليه ٢٧ من سورة الروم.

(٢) لية ٥ من سورة الحج، أنظر تفسير الكشاف ٣/ منشور دار المعرفة/ بيروت، تفسير
الطبري ٨٩/ ١٧، و غائب الفرقان للنيسابورى على هامش الطبري ١٧/ ٦٩ نشر دار
المعرفة / بيروت وللمفسرين رأيان حول المراد بقوله تعالى (فإننا خلقناكم من تراب):

ولم تغفل السنة الشريفة الحديث عن بعض أطوار الجنين. ومن ذلك ما رواه البخارى عن عبد الله بن مسعود قال حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو الصادق المصدوق، قال: إن أحدكم يجمع فى بطن أمه أربعين يوماً، ثم علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربعة: برزقه، وأجله، وشقى أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح.. الحديث وفى رواية (أن خلق أحدكم يجمع فى بطن أمه) وفى رواية (أنه يجمع خلق أحدكم فى بطن أمه) وفى إحدى الروايات بزيادة (أو أربعين ليلة) بالشك فى رواية (أو أربعين ليلة) ويجمع بأن المراد يوم بلتين، أو ليلة بيومها، وفى رواية للبخارى أيضاً زيدت نقطة بين قوله (أحدكم) وبين قوله (أربعين) فتبين أن الذى يجمع هو النطفة^(١).

وإذا كانت هذه لمحة عن نشأة الجنين، فإن الشريعة الإسلامية قد أحاطته بالحماية. فمثلاً إذا صوم كان أمه يؤثر عليه فلها أن تظطر، جاء فى الحديث المروى عن أنس بن مالك رضى

= أحدهما إما خلقنا أصلكم وهو آدم عليه السلام من تراب حيث نصح الله على ذلك فى مواضع أخرى من القرآن منها قوله تعالى : إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون . آيه ٥٩ من سورة العنكبوت.

والثانى أن خلقه الإنسان من المنى ودم الطمث وهما إما يتولدان من الأغذية، وهى إما حيوانية أو نباتية، وغذاء الحيوان ينتهى قطعاً إلى نبات، والنبات إنما يتولد من الأرض والماء، فصح قوله تعالى: إنا خلقناكم من تراب للتفسير الكبير للرازي ٨/٢٣ نشر دار احياء التراث العربى/ بيروت، روح المعاني للآلوسى ١١٦/١٧ نشر مكتبة دار التراث / القاهرة، أحكام القرآن لابن العربي ٣/١٢٧١ نشر دار المعرفة/ بيروت، أنشأه البيان فى إيضاح القرآن بالقرآن للشنقيطى ٢٠/٥ من مطبوعات المكتبة السلفية.

(١) فتح البارى ٣٠١/٢٤ وما بعدها.

الله عنه أن ﷺ قال: (إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة، وعن الحامل أو المرضع الصوم أو الصيام)^(١). وإذا كان الاعتناء بالجنين وأطواره على هذا النحو، وضعت الشريعة الإسلامية العقوبة المقررة لمن يعتدى عليه، وهو ما يبين احترام الشريعة للنوع الانساني والمحافظة عليه، فجنين اليوم هو طفل الغد، وطفل اليوم هو رجل المستقبل، وهكذا، ولما كان التشريع الإسلامي قد جاء للمحافظة على الضروريات الخمس التي هي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ المال وحفظ العرض، فإننا نجد عقوبة خاصة لمن جنى على الجنين، (الغرة) وهي عبد أو أمة عند جمهور الفقهاء - كما سنرى - وقد ينتهز الفرصة بعض المغرضين فلرصة عدم وجود هذا النوع من العقوبة اليوم فيرمى الشريعة الفراء بالقصور، وعدم ملائمتها للعصر الحاضر عصر المدينة والحضارة والتقدم المزعوم، غير أن هذا الزعم سراعان ما يتلاشى إذا علمنا أن فيقهاؤنا عليهم الرحمة- قد بينوا الأمر وأزالوا الريب..

وسوف أستعرض البحث في عدة مطالب كالتالي:-

- المطلب الأول: تعريف الجنين ..
- المطلب الثاني آراء الفقهاء حول حقيقة الغرة.
- المطلب الثالث: شروط الغرة..
- المطلب الرابع: انعدام الغرة..

(١) تحفة الاحوذى بشرح للترمذى للأمام الحافظ أبي العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري رقم ٧١١ ج ٣ ص ٤٠١، ٤٠٢، سنن النسائي بشرح للحافظ السيوطي ١٩/٤ نشر دار للكتب العلمية بيروت. وللفقهاء خلاف حول حكم القضاء فالاطعام أولا . أنظر بديلة المجتهد لابن رشد ٥٠٩/١، نشر دار الجيل / بيروت مكتبة الكليات الازهرية.

المطلب الأول

تعريف الجنين

١- تعريف الجنين في اللغة:

يراد به الولد ما دام في البطن، سمي بذلك لاستتاره فيها، يقال: جن الشيء يجنه جناً، ستره، وكل شيء سترعك فقد جن عنك، ومنه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ولأنهم استجنوا من الناس فلا يرونه.

وجن الليل وجنونه: شدة ظلمته واد لهامه، وقيل: اختلاط ظلامه، لأن ذلك كله سائر، يقول الله تعالى: فلما جن عليه الليل رأى كوكبا قال هذا ربي فلما أفل قال لا أحب الأفلين^(١).

كما يطلق الجنين على المقبور أيضاً لاستتاره^(٢).

وجاء في لباب الآداب^(٣) فصل في ترتيب أحوال الإنسان من لدن كونه في الرحم إلى اكتماله عن الأئمة رحمهم الله، ما دام في الرحم فهو جنين، فإذا ولد فهو وليد، ثم إذا تمت له سبع ليالي فهو صديغ، ثم ما دام يرضع فهو: رضيع، ثم إذا فطم عنه اللبن فهو فطيم، ثم إذا دب ونما فهو دارج ... الخ.

(١) آية ٧٦ من سورة الأنعام.

(٢) لسان العرب لابن منظور (١/٧٠١، ٧٠٢)، نشر دار المعارف، تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ٢٠٩٤/٥٥ نشر دار العلم للملايين.

(٣) لابي منصور عبد الملك بن محمد بن إسماعيل التنبسي بوري الثعالبي ٥٨/١ تحقيق د/ فحطان رشيد صالح، نشر وزارة الثقافة والاعلام / بغداد.

وقد أسند النويرى الى الثعلبى ما يدل على أن مرحلة الجنين تسبقها عدة أطوار فى التخليق. إذ جاء فى نهاية الأرب فى فنون الأدب للنويرى^(١): وقال الثعلبى فى تفسير قوله تعالى (لتربن طبقاً عن طبق)^(٢) قالت الحكماء يشتمل الإنسان من كونه نطفة الى أن يهرم ويموت على سبعة وعشرين حالاً، وسبعة وعشرين اسماً: نطفة ثم علقه، ثم مضغة، ثم عظاماً، ثم خلقاً آخر ثم جنيناً، ثم وليداً، ثم رضيعاً... الخ. وقال غيره: ما دام الولد فى الرحم فهو جنين، فإذا ولد، فهو وليد... الخ.

فايراد النويرى هذا التقسيم يدل على أن الثعلبى اخذ برأى مخالف لجمهور اللغويين، وارتضى منهج الحكماء.

٢- تعريف الجنين اصطلاحاً:

يطلق كثير من الفقهاء كلمة الجنين كما يطلقها أهل اللغة على حمل المرأة ما دام فى بطنها، يقول البهوتى^(٣): الجنين الولد فى البطن من الأجنان وهو المستر، لأنه أجنة بطن أمه، أى ستره، ومنه قول الله تعالى (هو أعلم بكم إذ أنشأكم من الأرض وإذ أنتم أجنة فى بطون أمهاتكم)^(٤) ويقول الزيلعى^(٥): إنه

(١) شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويرى ١١/٢ نشر وزارة الثقافة والارشاد القومى .

(٢) آية رقم ١٩ من سورة الأشتقاق.

(٣) منصور ابن يونس بن ندرىس البهوتى (كشف القناع على متن الاقناع ٢٣/٦، نشر عالم الكتب، بيروت).

(٤) آية ٣٢ من سورة النجم.

(٥) عثمان ابن على الزيلعى (تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣٦/٦، نشر دار المعرفة، بيروت).

(الجنين) الولد في بطن الأم سمي به لأجتنانه أى لاستتاره في البطن^(١).

... ويراد به عند آخرين : حمل المرأة بعد أن يفارق المضغة يقول ابن قيم الجوزية: قال الله تعالى: (الله الذى خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة)^(٢) فقوته بين ضعفين، وحياته بين موتين ، فهو أولا نطفة ثم علقه ثم مضغة ثم جنينا ما دام في البطن فإذا خرج فهو وليد فما لو يستتم سبعة أيام هو صديغ - بالغين المعجمة - لم يشتد صدغه، ثم ما دام يرضع فهو رضيع، فإذا قطع عنهن اللبن فهو فطيم، فإذا دب فهو دارج . وجاء في مختصر المزنى^(٣) قال الشافعى : فى الجنين الحر المسلم بأبويه أو أحدهما غرة، وأقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمى أصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك .

ويطلق الجنين عند بعض الفقهاء على حمل المرأة إذا نزل ميتا يقول الشوكاني^(٤) الجنين : بفتح الجيم بعده نونان بينهما

(١) وانظر المنتقى شرحا موطا مالك بن أنس للقاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واثق الباجي ٨٠/٧ نشر دار الفكر ، والمدونة للأمام مالك- رواية سحنون ٤٨١/٤ نشر دار الفكر ، وشرحه المسمى مكمل أكمل الأكمال، للأمام أبى عبد الله محمد بن محمد يوسف المنوسى الحنفى ٤٢٩/٤٠. نشر دار الكتب العلمية بيروت ، للتفسير الكبير للرازي- ١٠/٢٩ نشر المكتبة العلمية طهران ٧٢، النيل وشفاء للعليل لضياء الدين عبد العزيز التميمي، وشرحه لمحمد بن يوسف أطفيش ٨١/١٥ نشر مكتبة الأرشاد / جدة.

(٢) شمس الدين محمد بن أبى بكر بن قيم للجوزية فى مؤلفه تحفة المودود بأحكام المولود ص ٢٣٦ نشر مكتبة المتنبى بالقاهرة.

(٣) الأمام الجليل ابراهيم اماميل بن يحيى المزنى الشافعى، والمختصر بها مش الأم للأمام الشافى ١٤٣/٥.

(٤) محمد بن على بن محمد الشوكاني .

(نيل الأوطار ٢٢٨/٧ نشر دار الجيل، بيروت .)

ياء تحتية بوزن عظيم - وهو حمل المرأة ما دام في بطنها سمي بذلك لاستتار، فإن خرج حيا فهو ولد أو ميتا فهو سقط^(١) وقد يطلق عليه جنين^(٢).

٣- الجنين في القانون :

هو الكيان الذي يبدأ من تلقيح البويضة، ويستمر إلى حين الولادة^(٣).

٤- الجنين عند علماء الأجنة :

يتفق علماء الأجنة على المرحلة الأولى من الحمل وهي مرحلة البويضة الملقحة (النطفة الأمشاج) ويختلفون فيما عداها من المراحل .

جاء في كتاب خلق الإنسان بين الطب والقرآن^(٤): اتفقت مصادر علم الأجنة على أن خلق النسان على مستوى الجينات مقدر مرسوم وأنه على مستوى الخلايا متطور عبر أطوار متعددة حددها بعضهم: بطور النطفة الأمشاج (المشيح)، ثم طور

(١) السقط الولد الذي يسقط من بطن أمه قبل تمامه ، لسان العرب ٢٠٣٧/٣.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٣٧٧/٥ نشر دار الكتب العلمية، بيروت، عون المعبود شرح منن أبي دلود، للعلاقة أبي الطيب محمد شمس الحق العظمي آبادي ١٢/ ٣١١ نشر المكتبة السلفية للمدينة المنورة .

(٣) شرح قانون العقوبات : د/ رمسيس لهنان ص ٣٦٨ منشأة المعارف - الإسكندرية ط ١٩٨٢ م. وانظر شرح: قانون العقوبات د / فوزية عبد الستار ص ٤٩١ نشر دار النهضة، القسم الخاص في قانون العقوبات ط ٧ د/ عبد المهيم بكر ص ٦٦٥ نشر دار النهضة العربية.

(٤) للدكتور محمد علي البار ص ١٥١ الدار السعودية للنشر والتوزيع. وانظر ص ١٢٥، ٣٧٦، وانظر تطور الجنين وصحة الحمل/ محيي الدين طالو العفي ص ١٢٧، نشر دار ابن كثير ، بيروت ، ملخصات البحوث للمؤتمر الدولي للإنجاز العلمي في القرآن والسنة (تحت إرفاف الجامعة الاسلامية العالمية) بإسلام آباد في الفترة من ١٨-٢١ أكتوبر / ١٩٨٠، ص ١٠ تحت عنوان الطور السادس : النشأة. مرحلة الجنين .

الحمل، ثم طور الجنين، (تقسيم أرى وجان لانجمان) وقسمها هاميلتين وبويد وموسمان إلى : مرحلة النطفة ثم مرحلة العلوق، ثم مرحلة الحمل ذى الكتل البدنية (المضغة) ثم بعد ذلك مرحلة التخلق أو مرحلة تكوين الأعضاء، وتكونت معظم الأعضاء والأجهزة بصورتها الشبيهة بما عليه المولود .

يتضح من هذا أيضا أن إطلاق الجنين فى الطب على كل المراحل محل خلاف كما هو الحال فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى

أراء الفقهاء حول حقيقة الغرة

أولا - فى اللغة:

البياض فى جبهة الفرس، أو البياض الذى يكون فو وجهه، وقيل الغرة، نفس القدر الذى يشغله البياض، كما يراد بالغرة الأبيض من كل شىء ، وأول الشىء ، كما تستعمل فى الجمال والشهرة وطلب الذكر،.

يقال : غرة الشهر ليلة استهلال القمر، لبياض أولها وغرة الهلال طلوعه، وغرة الأسنان: بياضها، ويقال غرة النبات رأسه، ويقال رجل أغر، شريف كريم الفعال واضحها، ويقال: فلان غرة من غرر قومه، أى شريف من اشرافهم^(١) وورد فى السنة الشريفة عن ابى هريرة- رضى الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن أمتى يدعون يوم القيامة غرا محجلين من آثار الوضوء، فمن استطاع أن يطيل غرته فليفعل.

(١) لسان العرب ٥/ ٣٢٣٤ وما بعدها .

محجلين من التحجيل. وهو بياض يكون في ثلاث قوائم الفرس، وأصله من الحجل - بكسر الميملة وهو الخلل^(١) والمراد به هنا النور الكائن في وجه أمة محمد ﷺ .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ ، فلم يأكل، وأمر القوم يأكلوا ، وأمسك الأعرابي، فقال النبي ﷺ : ما يمنعك أن تأكل، قال : إني صائم ثلاثة أيام من الشهر، قال: إن كنت صائما فصم الغر (البيض الليلي بالقمر)، وعن أبي ذر قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نصوم من الشهر ثلاثة أيام البيض ثلاثة عشرة، وأربع عشرة، وخمس عشرة^(٢).

ثانياً: حقيقة الغرة في اصطلاح الفقهاء:

تعدلت الآراء في حقيقة الغرة أشهرها ما يلي^(٣):

الرأى الأول: الغرة عبد أو أمة. وهو لجمهور الفقهاء . الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥) والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧) والظاهرية^(٨) وأكثر الزيدية^(٩) والإمامية^(١٠) وقول للأباضية^(١١) واستدلوا بما يلي:

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخارى ٢٣٦/١، ٧٦/٢٦ (نشر مكتبة التكايات الأثرية، لسان العرب ٧٨٨/٢، ٧٨٩.

(٢) فتح الباري ٣٢٦/١ (نشر دار الفكر) ، سنن النسائي ٢٢٢/٤ (كتاب الصيام ٨٤)، مسند أحمد ٢٤٦/٢، ١٥٠/٥ .

(٣) يقول التميمي (ضياء الدين عبد العزيز التميمي في كتابة النيل وشفاء العليل ٧٧/١٥، ٧٨ نشر مكتبة الإرشاد (بجدة/ السعودية) ووصل هي (الغرة) عبد أو أمة أو فرس جواد ، أو أربعون ديناراً أو خمسون، أو أربعون شاة، أو خمسون ، أو سبعون، أو مائة، أو مائتان درهم، أو خمس مائة، أو خمسة أبعرة، أو عشرة، أو عشر للدية، أو النظر . وقد اكتفيت بأشهر الآراء لعدم الوقوف على أدلة غيرها غالباً وما ثبت من أدلة لبعضها فإنه قريب لما في الرأى الثانى والثالث من حيث الاستدلال وإيراد المناقشات. انظر المغنى ٨٠٣/٧ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٥/٧ .

(٥) مواهب الجليل للحطاب ٢٥٧/٦ .

١- بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: اقتلت امرأتان من هذيل فرمت أحدهما الأخرى بحجر فقتلتهما وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى أن دية جنيها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها (متفق عليه)^(١).
قوله ﷺ : غرة عبد أو وليدة (أمة)، المشهور تتوين غرة، وما بعده بدل منه أو بيان له، وروى البعض بالإضافة، والأول

(١) نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٣٨٢، نشر مكتبة الحلبي بمصر .

(٢) المغني لابن قدامة ٨/ ٧٩٩ .

(٣) المحلى لابن حزم ١٢/ ٣٧٨ .

(٤) البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٦/ ٢٥٧- نشر دار الكتاب الاسلامي بالقاهرة .

(٥) شرائع الاسلام للمحقق الحلبي ٣/ ٢٨١، نشر دار الأضواء ، بيروت، وسائل الشيعة للعالمى ٢/ ٢٤، (من المجلد التاسع) نشر دار احياء التراث العربى، بيروت.

(٦) التذيل وشفاء العليل ١٥/ ٧٧ .

(٧) ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى للعلامة القسطلاني ١٠/ ٦٩ نشر دار الكتاب العربى بيروت (طبعة المطبعة الأميرية ببولاق).

صحيح م لم يشرح النووي ٤/ ٢٥٤ نشر دار الشعب وفيه زيادة (وورثها ولدها ومن معهم، فقال حمل بن النابغة الهذلي: يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل؟ فمثل ذلك بطل، فقال رسول الله ﷺ : إنما هذا من إخوان الكهان من أجل سبعة الذى سمع، وأخرجه النمائي وفيه الزيادة كما مسلم ج ٥/ ٤٨ (كتاب القسامة).

وأخرجه بن ماجه مع اختلاف فى بعض الألفاظ) سنن ابن ماجه ٢/ ٨٨٢ باب دية الجنين) نشر دار احياء الكتب العربية : عيسى الحلبي بمصر .

وأخرجه أحمد مع نقص يسير فى بعض الألفاظ) مسند أحمد ٢/ ٤٩٨، ٥٣٥ وأخرجه ابو داود مع للزيادة كما فى مسلم مع تغير يسير فى بعض الألفاظ (أنظر عون المعبود شرح سنن أبى داود ١٢/ ٣١٧، نشر محمد عبد المحسن المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، وكذا أخرجه للدارمي بالزيادة مع تغير يسير فى اللفظ (سنن الدرامي ١/ ١٩٧ نشر دار احياء السنة النبوية) وقال عنه الترمذى: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عن أهل العلم سنن الترمذى ٥/ ٩٤- مطابع النجر حمص وانظر تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير شهاب الدين أحمد ابن على بن محمد بن حجر العسقلاني. مكتبة الكليات الأزهرية .

أحسن لأن الغرة اسم للعبد نفسه، ولأنه بيان للغرة ما هي ،
وتوجية الإضافة ان الشيء قد يضاف إلى نفسه لكنه نادرا،
ويحتمل أن تكون أو للتبويح فإن كلا من العبد والأمة يقال له
الغرة، وقيل يحتمل أن تكون أو شكا من الراوى فى تلك الواقعة
المخصوصة^(١).

مناسبة المعنى الشرعى للمعنى اللغوى:

وسمى العبد والأمة بالغرة لأنهما من أنفس الأموال،
فالغرة عند العرب انفس شيء يملك^(٢) وأيضا أطلقت الغرة على
الإنسان لأن الله خلقه فى أحسن تقويم، فهو من أنفس
المخلوقات، قال الله تعالى (ولقد كرّمنا بنى آدم وحملناهم فى
البر والبحر ورزقناهم وفضلناهم على كثير ممن خلقنا
تفضيلا)^(٣).

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٢٨٨/٧، نشر دار الجيل بيروت، سنن الترمذى ٤٨/٥ شرح
صحيح مسلم (إكمال إكمال المعلم) للأبى المالكي ٤٣٠/٤ نشر دار الكتب العلمية
بيروت ، المعنى ٧٩٩/٧، يقول الدكتور / محمد سلام منكر فى كتابه أحكام الجنين
ص ٢٤٤ نشر دار النهضة العربية بالقاهرة : ما نقله صاحب نيل الأوطار عن صاحب
فتح البارى من أنه جاء فى الحديث المرفوع أن النبى ﷺ قضى دية التين بغرة: عبد أو
أمة، وقال : إن ذلكمك من الراوى فى المراد بها، عقب بقوله: وهذا الراى غريب من
ابن حجر وهو فقيه شافعى ممن يرون للتخيير فى الغرة بين العبد والأمة (انظر فتح
البارى ٢٤٩/١٢ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢) للنظر المستعجب فى شرح غريب المذهب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبى ١٩٨/٢،

نشر دار المعرفة، بيروت

(٣) سورة الأسراء آية ٧٠، وفتاوى ارشاد السارى لشح صحيح البخارى ٧٠/١٠.

وأيضاً: لأن الغرة أصلها البياض في وجه الفرس، فكان التعبير بالغرة عن الجسم كله، كما قالوا: أعتق رقبة كناية عن العبد^(١).

وأيضاً لأن الغرة الجياد من كل شيء آدمياً أو غيره ذكرها كان أم أنثى وبذا يتطابق الاصطلاح الشرعي مع المعنى اللغوي^(٢).

٢- بما روى المغيرة بن شعبه عن عمر رضي الله عنه أنه استشارهم في إِمْلَاص المرأة، فقال المغيرة: قضى النبي ﷺ بالغرة: عبد أو أمة. فقال: انت من يشهد معك، فشهد محمد بن مسلمة أنه شهد النبي ﷺ قضى به (متفق عليه)^(٣).

قوله (إِمْلَاص المرأة) الإِمْلَاص يطلق في اللغة على معنيين الأول: هو أن تضرب المرأة في بطنها فتلقى جنيهاً.

(١) نيل الأوطار ٢٢٨/٧.

(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين الأحكام لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي ص ١٨، والمغني ٨٠٤/٧ وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن أطفيش ٨٢/١٥ وجاء الحديث في رواية متفق عليها أيضاً عن أبي هريرة: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنين امرأة من بني لحيان مقط ميتة بغرة عبد أو أمة- ثم أن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن للعقل على عصبيتها. (نيل الأوطار ٢٨٧/٢) ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري ٩٦/١٠، صحيح مسلم مع شرح الأبى ٤٣١/٤ سنن النسائي ٤٧/٥، سنن أبي ماجه (مع تغير في بعض الألفاظ ٨٨٢/٢).

(٣) أخرجه البخاري (ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري ٩٦/١٠، ٧٠، نيل الأوطار ٢٢٢/٧ وأخرجه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٥٧/٤).

وأخرجه أبو داود مع اختلاف في اللفظ (عون المعبود ٣١٣/١٢) وأخرجه ابن ماجه كذلك مع اختلاف في اللفظ أيضاً (سنن ابن ماجه ٢٨٢/٢) وأيضاً لخرجة الدرامي، سنن الدرامي ١٩٦/٢، وقال عنه الترمذي ٩٥/٥.

والثاني : أن تزلقه المرأة قبل الولادة، يقال: أملت الناقة إذا رمت ولدها، وهو مصدر أملت، يأتي متعديا كأملت الشيء، أي أزلقته فسقط، ويأتي قاصرا كأملت الشيء، إذا تزلق وسقط فيقال: أملت المرأة ولدها وأزلقته بمعنى وضعت قبل أوانه ويراد به عند الفقهاء المعنى الأول لا الثاني .

والإملاص هنا مصدر مضاف إلى فاعله، والمفعول به محذوف، أي فيما يجب على الجاني في إجهاض المرأة الجنين، أو بالجنين على تقديرى التعدي والازوم^(١) ونسب الفعل (الإجهاض) إليها، لأن الجناية عليها، كأنها الفاعلة لذلك.

٣- بما روى عن حجاج بن حجاج عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع، قال: غرة عبد أو أمة. والمراد بمذمة الرضاع: الحق اللازم بسبب الرضاع، فكأنه سأل عن ما يسقط عنه حق المرضعة حتى يكون قد أداه كاملا، وكان العرب يستحبون أن يهبوا للمرضعة عنه فصال الصبي شيئا سوى أجرتها، فبين له ﷺ أن يكافئها بخادم يكفيها المهنة قضاء لحقها ليكون الجزاء من جنس العمل^(٢).

ووجه الأئمة من تلك الأحاديث : واضح إذ بينت أن الغرة عبد أو أمة^(٣).

(١) لسان العرب لابن منظور ٢٦٢/٦ (نشر دار المعارف)، فتح الباري ٢٥٥/١٢، أملت المرأة والناقة وهي مملت: رمت ولدها لغير تمام، ولجمع مما ليس بالياء - فإن كان ذلك عادة لها فهي مملصة.

(٢) سنن النسائي ١٠٨/٦ (كتاب النكاح ٥٠٦) مصنف الكتب الستة ١٦.

(٣) نظير يذات الصناعت ٣٢٥/٧، المغني ٨٠٢/٧، البحر الزخار ٢٥٧/٦.

الرأى الثاثنى : الغرة عبد أو أمة أو فرس: وهو لعروة وطاووس ومجاهد^(١) واستدلوا بما ىلى :

١- بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل^(٢) .
ورد على ذلك: أن الحديث روى بطريق آخر ولم ينكر فيه فرس أو بغل^(٣) .

وورد على ذلك ما ورد على الاستدلال بالحديث السابق^(٤) .
الرأى الثالث: الغرة عشر الدية. وهو لبعض الزيدية (الباقى والصائى وقول للناسر) وقول للأباضية^(٥) واستدل عليه بعض الزيدية بما روى عن على - كرم الله وجهه - أن الغرة عشر الدية^(٦) .

ورد على ذلك : أن الأحاديث الصحيحة الثابتة موضحة أن الغرة عبد أو أمة^(٧) .

(١) نيل الأوطار ٧/ ٢٢٩ ، شرح الأبى على صحيح مسلم ٤/ ٤٣ ، المعنى ٧/ ٨٠٢ .
(٢) أخرجه أبو داود (عون للمعبود ١٢/ ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٣) سنن الترمذى ٥/ ٩٥ ، وحسن للترمذى الحديث، وانظر الأوطار ٧/ ٢٢٩ ، جاء فى عون للمعبود ١٢/ ٣٢٠ . وقال أبو داود : روى هذا الحديث عن محمد بن عمرو حماد بن مسلمة ، خالد بن عبد الله (عن محمد بن عمرو) ولم ينكرا فرسا ولا بغلا (فرس أو بغل) .

٤، المرجع السابق ، نيل الأوطار ٧/ ٢٩٩ .

(٤) فتح البارى ١٢/ ٢٤٩ ، رواه أحمد بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ٢/ ٢١٦ وانظر نيل الأوطار ٧/ ٢٢٩ .

(٥) البحر للزخارف ٦/ ٢٥٢ ، التليل وشفاء العليل ١٥/ ٧٧ .

(٦) البحر للزخارف ٦/ ٥٧ .

(٧) البحر للزخارف ٦/ ٢٥٧ نيل الأوطار ٧/ ٢٢٩ ، عون للمعبود ١٣/ ٣١٣٩/ ٣٢٠ .

الرأى المختار :

والذى نختاره هو الرأى القائل بأن الغرة عبد أو أمة، إذ دلت الأحاديث الصحيحة على أنه ﷺ قضى بذلك فى أكثر من واقعة، وقد لمت أدلة اصحاب هذا الرأى من مناقشات، وقد يقال بأن الزيادة من الراوى الثقة معتدلة - كما هو رأى الجمهور - ومن ثم فيحمل أن الرسول ﷺ أطلق الغرة على الفرس أو غيره ولم يحضر ذلك من روى أحاديث الغرة التى بينت أنها العبد أو الأمة ويجب عن ذلك لم لا يكون ذلك تفسيراً للغرة إذا عدت الغرة من الرقاب ، أو كما قيل انه وهم انفرد به أحد الرواة، ومن ثم يضعف الأخذ بهذا الرأى .

وقد يقال ايضاً بأن الغرة لم ترد فى النصوص التى وردت فيها على سبيل الحصر، وإنما ذكرت بحسب الغالب والكثير، وهذا لا ينفى أن يكون غيرها غرة .

والإجابة على ذلك أن الرسول ﷺ فى موقف البيان ، ويبعد أن يذكر الغالب والكثير ويترك بعض ما يصدق عليه غرة أما ما ذهب إليه بعض الزيدية، فقد ضعفه أكثر الزيدية فضلاً عن سائر الفقهاء باعتبار أن ما روى عن على - كرم الله وجهه يعارض الأحاديث الصحيحة الثابتة بأن الغرة عبد أو أمة وليست عشر الدية .

المطلب الثالث

شروط الغرة

بعد اختيارنا للرأى القائل بأن الغرة عبد أو أمة يحسن أن نشير إلى شروطها .

الشرط الأول: أن تكون الغرة سليمة من العيوب: وهى التى يثبت بها الرد فى البيع لأنه حيوان وجب بالشرع، فلم يقبل فيه المعيب، كالشاه فى أداء الزكاة، ولأن الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار، من ثم لا يقبل هرمه^(١) أو ضعيفة أو خصى أو حامل^(٢).

الشرط الثانى : ألا تقل الغرة عن سبع سنين. وهو للشافعية، والمذهب للحنابلة، وبعض الزيدية^(٣) وحجتهم أن من دون ذلك يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه، وليس ذلك من الخيار بينما ذهب آخرون (الأحناف وبعض الحنابلة، وبعض الزيدية) أنه يقبل من له دون سبع، إذ العبرة بالقيمة، وبلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار، ولا يوجد نص من كتاب أو سنة يشترط ذلك، ولا يوجد له نظير يقاس عليه^(٤).

(١) الهرم أقصى الكبر (لسان العرب ٦/٤٦٥٦) .

(٢) جاء فى معنى المحتاج ١٠٥/٤ فإن قيل قد اكتفى فى الكفارة بالمعيب إذا كان العيب لا يخل بالعمل فكذا هنا أجيب: بأن الكفارة حق الله تعالى، والغرة حق لأسمى، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة، فإن رضى المستحق بالمعيب جازله، لأن الحق له)، وانظر المذهب للشيرازى ٤٣٢/٢. نشر دار المعرفة، الأم ١٠٩/٦ نشر دار المعرفة بيروت، المعنى ٨٠٣/٧، لبحر الزخار ٢٥٨/٦، نيل الأوطار ٢٢٩/٧ .

(٣) معنى المحتاج ١٠٥/٤، الا نصاب ٧٠/١٠، ٧١ لبحر الزخار ٢٥٨/٦.

(٤) بدائع الصنائع ٣٢٥/٧، شرح الرزنى ٣٢/٨، بلغه السالك ٣٩٨/٢، المعنى ٨٠٤/٧، الأصناف ٧١/١٠ نشر دار لحياء التراث العربى بيروت، لبحر الزخار ٢٥٨/٦ .

وهذا ما نختاره إذ فوات بعض المعاني في غير المميز لا يحول دون كونه خياراً.

الشرط الثالث: ألا يبلغ الغلام خمس عشرة سنة، ولا الجارية عشرين وهو وجه للشافعية، ذلك أن الغلام إذا بلغ سن الخامسة عشرة فإنه لا يدخل على النساء، ومن ثم تنقص قيمة الغرة، ولو بلغت الجارية عشرين سنة فإنها تتغير وتنقص قيمتها، ومن ثم لم تكن من الخيار.

ورد على القول: بأن الغلام إذا بلغ خمس عشرة سنة فإنه لا يدخل على النساء... الخ أنه إن أريد بذلك النساء الأجنبية، فلا حاجة إلى دخوله عليهن، وأن أريد به سيدهته فليس بصحيح، لقول الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا ليستأنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضهم على بعض.. الآية)^(١).

وأيضاً لو لم يدخل في النساء لحصل من نفعة أضعاف ما يحصل من دخوله، وفوات شيء إلى ما هو أنفع لا يعد فواتاً والأصح للشافعية قبول رفيق كبير من عبد أو أمة لم يصل إلى عدم الاستقلال بالهرم^(٢).

وبعض الزيدية يحدد أعلى سن الغرة من الخامسة عشرة إلى خمسين سنة، وحجتهم أن ما زاد على الخمسين يضعف فلا يعد غرة، وهو غير معتبر في كفارة القتل.

(١) من الآية ٥٨ من سورة النور

(٢) المغني ٨٠٤/٧، كشف القناع ٢٥/٦، المهذب ١٩٩/٢، نيل الأوطار ٢٩٩/٧.

ورد على ذلك: أن هذا تحكم لم يرد به الشرع، والأمر الرجوع فيه للقيمة، والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلاً وبنيّة، وأقدر على التصرف وأنفع للخدمة^(١).

ويمكن القول بأن من لم يشترط بلوغ الجارية أو الغلام سنا معينة هو الأرجح طالما كانت الغرة خالية من العيوب حبذا إذا كانت لها قيمة^(٢).

الشرط الرابع: أن تكون الغرة بيضاء. وهو لابی عمرو بن العلاء^(٣) وغيره. وحجتهم:

مراعاة أصل الاشتقاق، وأيضاً لولا أنه ﷺ أراد بالغرة معنى زائداً على شخص العبد والأمة لما ذكرها^(٤).

وجمهور الفقهاء لا يشترطون بياض بالعزة، وفسروا الغرة بالنسمة أو الرقبة، لأنها غرة ما يملك، أي أفضله، وغرة كل شيء خياره، ولأنه ﷺ قضى بعبد أو أمة، وأطلق، مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم، أو أن المعنى الزائد كونه نفيساً، فلذلك فسره بالعبد أو الأمة، لأن الأئمة أشرف الحيوانات.

وأيضاً: العبد أو الأمة - باعتبار الجانب المالي فيه - يجب دية، فلم يعتبر لونه قياساً على الإبل في الدية^(٥).

(١) البحر للزخار ٢٥٨/٦، للمغني ٨٠٣/٧، ٨٠٤.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٣٩/٦، مجمع الأثر ٦٤٩/٢، المغني ٨٠٤/٧ المحلي ٢٣٥/١١.

(٣) واسمه زيان، ابن عمار بن العريان التميمي ثم المازني البصري، شيخ للقراء وأمه من بني حنيفة مات سنة سبع وخمسين مائة) سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ص ٤٠٧/٤١٠ة نشر مؤسسة الرسالة.

(٤) ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري ٧٠/١٠، فتح الباري ٢٤٩/٢، نيل الأوطار ٢٨٨/٧، شرح الأبي والمنوسي على صحيح مسلم ٤٣٠/٤.

(٥) شرح الأبي والمنوسي على صحيح مسلم ٤٣٠/٤، نيل الأوطار ٢٨٨/٧، زاد المحتاج بشرح المنهاج للشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ١٤٣/٤ نشر دار المكتبة العصرية / بيروت.

وعند الإمام مالك الحمران من الرقيق أحب إليه من السودان إلا أن تكون الحمران من الرقيق قليلة في الأرض التي يقضى فيها بالغرة، فيؤخذ من السودان^(١).

الشرط الخامس: قيمة الغرة: اختلفت الفقهاء في ذلك على رأيين الأول: أنه لا يشترط بلوغ الغرة قيمة معينة (خمس من الإبل أو خمسمائة درهم أو غير ذلك)، فإذا ما وجدت مستجمة للشروط وجب قبولها. وهو قول أشهب من المالكية، وقول الشافعية، وبعض الزيدية والظاهرية. وحجتهم: إطلاق العبد والأمة في الحديث الدالة على وجوب الغرة^(٢).

الرأي الثاني: يشترط بلوغ نصف عشر الدية، وأصحاب هذا الرأي اختلفوا فيما بينهم حول الجنس الذي تقوم به الغرة على النحو التالي:

أولاً: نصف عشر الدية: الذي تقوم به الغرة يكون من الإبل. فيشترط ألا تقل قيمة الغرة عندهم عن خمس من الإبل (نصف عشر دية الرجل، وأحياناً يعبر الجمهور عن ذلك بعشر دية المرأة)^(٣) وعلى كل فالمقدار واحد، وهو خمس من الإبل، ومن قال بذلك: بعض المالكية، والشافعية، وأكثر الحنابلة، وبعض الزيدية. واحتجوا بما يلي:

(١) شرح الأبى ٤/٤٣٠، المدونة ٤/٤٨٤ نشر دار الفكر

(٢) شرح الأبى على صحيح مسلم ٤/٤٣، المقدمات الممهدة ٣/٢٩٨، نشر دار الغرب الاسلامي ط دار احياء التراث الاسلامي بقطر، مغنى المحتاج ٤/١٠٥، المحلى ١٢/٣٩٢، ٣٩٤، لبحر الزخار ٦/٢٥٨، نيل الأوطار ٧/٢٢٩.

(٣) تكملة فتح القدير ٨/٣٢٤، ط بولاق، شرح الأبى على صحيح مسلم ٤/٤٣٠، زاد المحتاج ٤/١٤٣.

١- بما روى عن عمر وعلى وزيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم قضوا بذلك ولم يخالفهم أحد من الصحابة، فكان اجماعاً^(١).

٢- واستدلوا بالمعقول من عدة وجوه:

أ- إن أقل ما قدره الشرع فى الجناية وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه اليه^(٢).

والموضحة: هى الشجة التى تبلغ الى العظم، والشجة عند جمهور الفقهاء هى الجناية على مادون النفس التى تقع على الرأس أو الوجه^(٣).

والواجب فى كل من الموضحة أو السن خمس من الأبل، فعن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن .. وفى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل وفى السن خمس من الإبل، وفى الموضحة خمس من الإبل^(٤).

(١) شرح الأبي على صحيح مسلم ٤/٤٣٠، مغنى المحتاج ٤/١٠٥، البحر للزخار ٦/٢٥٨.

(٢) للمغنى ٧/٨٠٤.

(٣) لسان العرب ٤/٢١٩٦، ٢١٩٧، بذائع الصنائع ٧/٢٩٦، بداية المجتهد ٢/٤١٩، نشر دار المعرفة بيروت، مغنى المحتاج ٤/٢٦.

(٤) سنن النسائي ٨/٥٧، ٥٨، سنن اللدراسي ١٩٤، ١٩٥ نشر دار الكتب العلمية/ بيروت، وأخرجه مالك فى موطنه برواية يحيى بن يحيى الليثى ص ٦١١ نشر دار للفائس، بيروت، وفى مسند الامام أحمد ٧/١٨٩ نشر المكتب الاسلامي دار صادر، بيروت. عن عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ لما فتح مكة قال فى خطبته: فى الأصابع عشر عشر، وفى المولايح خمس خمس.

ونظر من الدار قطنى ٣/٢٠٧، ٢١٠ نشر دار المحاسن للطباعة بالقاهرة تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني (المدينة المنورة - الحجاز) - ونظر ابن ماجه ٢٤٨/٨٨٥، مسند الامام الشافعي ٣/٣٤٨، نشر دار الكتب العلمية بيروت، نيل الأوطار للشوكاني ٧/٢١٧، سبل السلام ٣/٢٤٤ ط لطبيى بمصر.

ب- إن الجنين على أقل الأحوال إنسان، فاعتبر فيه أقل ما قدرة الشرع من الديات، وهو دية الموضحة والسن، يقوى ذلك أن الغرة دية فكانت مقدرة كمائر الديات^(١).

ج - إنه لا يمكن إيجاب دية كاملة، لأن الجنين لم يكمل بالحياة، وكذلك إسقاط ضمانه، لأنه خلق بشر، فضمن بأقل ما قدر به الأرض وهو نصف عشر الدية^(٢).

ثانياً: نصف عشر الدية التي تقوم به الغرة: خمسون ديناراً أو ستمائة درهم (باعتبار أن الدية الكاملة ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم) ومنهم جمهور المالكية وبعض الحنابلة واحتجوا بما يلي:

١- بقضاء الصحابة رضي الله عنهم، فقد قوم الغرة على كرم الله وجهه بخمسين ديناراً وكذلك زيد بن ثابت ولم يخالفهما أحد من الصحابة. وإن كانوا من أهل الورق - الفضة. فالواجب عليهم ستمائة درهم لقضاء الصحابة أيضاً^(٣).

(١) مغني المحتاج ١٠٥/٤ .

(٢) المهذب ١٩٩/٢، البحر الرضائي ٢٥٨/٦، وتظهر كشاف القضاء ٢٣/٦، منتهى الإرادات ٤٣١/٢، للروض المربع شرح زاد المستتفع للبهوتي ٢٨٦/٣، نشر مكتبة الرياض الحديثة . ويراعى أن الخمس من الإبل قيمة للغرة في العمدة وعمد الخطأ. خمسها بعيران قيمة خلقتين أقل الخلقات، وثلاثة أحماسها، وهو قيمة ثلاث جذاع وحقاق نصفين، من إبل أحماس : قيمة بنت مخلض وقيمة بنت ليون، وقيمة ابن ليون ذكر ، وقيمتهم حقه، وقيمتهم جذعة. فنظر الأم ١٠٩/٦ ونظر المنقلى للباي ٨١/٧، نشر دار الفكر العربي .

(٣) شرح أبي على صحيح مسلم ٤٣٠/٤، نصب الرأية ٣٨١/٤ ، المقدمات للمهدات ٣٩١/٣، كفاية الأخبار ٣٢٧/٢، بداية المجتهد ٤١٥/٢، ونظر سنن البيهقي ١١٦/٨ - حيث ذكر أن تقويم الغرة منسوب إلى عمر وفيه انقطاع في سنده.

روى عن مالك في المدونة (والقيمة في ذلك - الغرة - خمسون دينارا أو ستمائة درهم وليست القيمة عندنا كالسنة التي لاختلاف فيها، وأنا أرى ذلك حسنا^(١)).

٢- بما رواه مالك عن بيعة بن أبي عبد الرحمن أنه كان يقول: الغرة تقوم بخمسين دينارا أو ستمائة درهم، وكذلك روى عن قتادة^(٢).

٣- إن الدنانير والدرهم هي قيم المتلفات، فذلك قومت بها الغرة والإبل ليست بقيم المتلفات، فذلك لم تعتبر بها الغرة^(٣).

وورد على القول بأن الغرة ستمائة درهم أنه معارض بما روى أن النبي ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو أمه أو خمسمائة (أى خمسمائة درهم)^(٤).

ثالثا ونصف عشر الدية حده بعضهم (الحنفية وبعض الزيدية وراى للأمامية بخمسمائة درهم وحتهم^(٥)) أما روى أن النبي ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة (سبق تخريجه) فقد أولوا هذه الرواية على أنها خرجت تفسير الرواية التي لم يذكر فيها خمسمائة فصارت الغرة في عرف الشرع اسما لعبد أو أمة بعذل خمسمائة، أو بخمسمائة^(٦).

(١) للمدونة ٤/٤٨٤ .

(٢) المنتقى ٧/٨٠، عون المعبود ١٢/٣٢٠، نصب الرية ٤/٣٨١، المعنى ٧/٨٠٤ .

(٣) المنتقى ٧/٨١

(٤) نصب الرية ٤/٣٨١، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لإمام أفندي ٢/٢٦٩ نشر دار أحياء التراث العربي وعند الأباضية يفوق بين قيمة العبد والأمة فقيمة العبد ستمائة درهم، وللمتم ثلاث مائة درهم (شرح للمقبل ١٥/١٨٠) .

(٥) نصب الرية ٤/٣٨١، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لإمام أفندي ٢/٢٦٩ نشر دار أحياء التراث العربي.

وعند الأباضية يفوق بين قيمة العبد والأمة (العبد ستمائة درهم، والأمة ثلاث مائة درهم) (شرح للنيل ١٥/١٨٠).

(٦) نصب الرية ٤/٣٨١، شرح الأبى ٤/٤٣٠، المبسوط للرخسى ٢٥/٨٧ - نشر دار المعرفة/ بيروت بدقح الصناعات ٧/٣٢٥، الهدية للرخياني ٤/١٨٩ نشر

٢- بما روى عن الشعبي وغيره من التابعين: قال الشعبي الغرة خمسمائة^(١).

رابعا نصف عشر الدية الذي يقوم به الغرة: عن بعض الحنابلة يستوى فيه أى أصل من أصول الدية: الإبل أو الذهب، أو الورق، أو النشاء، أو البقر، أو الحلل^(٢).

يمكن أن يرد على ذلك: أن هناك خلافا حول أصول الدية، ولا يصح الإحالة على أمر محل خلاف^(٣).

كما يمكن أن يرد كذلك على التقديرات السابقة عموما أن الأحاديث الصحيحة الثابتة فى قصة زوجتى حمل بن النابغة وغيرها أن الغرة عبد أو أمه باطلة، وإن اشترط بلوغ الغرة القدر المخصوص زيادة على ما فى الحديث.

ولأن القيمة تختلف باختلاف الأمكنة والزمنة، وكذلك فإن القيمة ليست بسنة مجمع عليها^(٤).

الرأى المختار: والذي نختاره هو الرأى الأول الذى يرى أن الغرة مقومة بعينها، فلا يشترط أن تقوم بغيرها، طالما كانت سليمة من العيوب، والحاجة إلى تقويمها إنما يكون حالة انعدامها.

مصطفى الحلبى، حاشية رد للمختار لابن عابدين ٥٨٨/٦ نشر مصطفى الحلبى، ومعين للحكام لابن للشحنة ١٨٠، البحر الرزخار ٢٥٨/٦، جوار الكلام ٣٦٠/٤٣.

(١) نصب الرأى ٣٨١/٤ والشعبى هو (عامر بن شراحبيل أبو عمرو الشعبى كوفى. مات سنة أربع ومائة، وبلغ لثنتين سنة) أنظر للتاريخ الكبير للبخارى، مجلد ٤٥١/٦، ط دائرة المعارف العثمانية بجيدر آباد - الهند).

(٢) الانصاف ٧٠/١٠.

(٣) للمرجع السابق.

(٤) نيل الأوطار ٢٢٩/٧، شرح الأبي ٤٣٠/٤، البحر الرزخار ٢٥٧/٦.

المطلب الرابع

انعدام الغرة

تمهيد: ضمن الله تعالى كتابه الكريم ما يدل على أن الغرة سيأتي يوم يبحث عنها من يريد لها فلن يجدها يقول تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم^(١)).

وإذا عدت الغرة فالفقهاء متفقون على الانتقال إلى بدلها غير أنهم يختلفون في هذا البديل، وكان خلافهم على النحو التالي:

الرأي الأول: الأداء ينتقل إلى خمس من الإبل وهو لبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وأكثر الزيدية^(٢) واستدلوا بما يلي: إنه قد روى عن عمر - وزيد - رضي الله عنهما - أنهما قدروا الغرة بخمس من الإبل، ولم يخالفهما أحد الصحابة، فعند الأعواز يؤول الأمر إلى الإبل^(٣).

يقوى هذا - عند أكثرهم أن الإبل هي الأصل في الدية - لما جاء في كتاب عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول

(١) آية ٤٣، من سورة المجادلة.

(٢) حاشية الدسوقي ٢٦٨/٤، المدونة ٤٨٤/٤، معنى المحتاج ١٠٥/٤، المعنى ٥٠٨/٧، البحر الزخار ٢٥٨/٦.

(٣) صحيح مسلم بشرح الأبي ٤٣٠/٤، المعنى ٥٠٨/٧، كشف القناع ٢٣/٦.

الله ﷻ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم، ونكر فيه(وفي النفس مائة من الإبل)^(١).

فالواجب خمسة أبعة بدلا من الغرة، طالما أن الغرة مقدرة بها عند وجودها، فعند عدمها يؤخذ ما كانت مقدرة به. الرأي الثالث: الواجب أن ينتقل إلى قيمتها من أصول الدية (الإبل، الذهب، الفضة، البقر، الشاة) وهو لبعض الحنابلة^(٢) وحجتهم أن الخيرة للجاني في دفع ما شاء من الأصول الخمسة في الجناية على النفس .

الرأي الثالث: الأداء ينتقل إلى خمسين دينارا أو ستمائة درهم (وهو لجمهور المالكية، وبعض الحنابلة^(٣)) وهذا راجع إلى أن الغرة تقدر بذلك، فعند الإعواز تقوم الغرة بالدراهم والدينار، إذ هي قيم المتلفات، فلذلك قومت بعا الغرة، والإبل ليست بقيم

(١) صحيح مسلم ٣٥/٢، سنن النسائي ٥/٨، سنن أبي داود ٢/٢٨٥، سنن البيهقي ١٠٣/٨، مبدل السلام ٣/٣٣٤.

(٢) كشاف للقناع ٢٤/٦، وقطر منتهى الإرادات ٤/٤٣٢، ويرامى أن المذهب للحنابلة أن الدية تجب في خمسة وبعض للحنابلة يضيف للحلل، فتكون أصول الدية عندهم ستة أصناف، ومما يدل لذلك عندهم ما روى عن جابر قال: فرض رسول الله ﷺ في الدية عن أهل الإبل مائة من الأبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة. وما روى عن عبيد بن السلماني قال: وضع عمر بن الخطاب الديات فوضع على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الأبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ثنية ووسنة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة. وهو قول الصاحبين والإمامية وبعض للزيدية والاباضية.

(٣) المنتقى ٨١/٧، حاشية البتاني على هلمش شرح الزرقاني ٨/٣٢، كشاف للقناع ٢٣/٦، للمعنى ٨٠٥/٧.

المتلفات، فلذلك لم تعتبر بها الغرة، ولما ورد الشرع بالغرة، واحتيج إلى تقديرها، قدرت بما يقع به التقويم، وهو العين، يقوى ذلك عندهم أن رسول الله ﷺ بالغرة في أهل الإبل، ولم يجعل عليهم الإبل^(١).

الرأى الرابع: الأداء ينتقل إلى القيمة. وهو للظاهرية وقول للزبدية والشافعية في حال فقد الإبل^(٢) إذ يرى الشافعية أنه في حالة فقد الأبل وهي التي قدرت بها الغرة، يؤول الأمر إلى قيمة الإبل، في وجه قيمة الغرة.

يقول الشيخ/ محمد الشرييني الخطيب^(٣) (فإن فقدت تلك الغرة حسا بأن لم توجد، أو شرعا بأن وجدت بأكثر من ثمن مثلها) فخمسة أبرة) بدلا عنها، لأنها مقدرة بها عند وجودها، فعند عدمها يؤخذ ما كانت مقدرة به، ولأن الإبل هي الأصل في الديات فوجب الرجوع إليها عند فقد المنصوص عليه، فإن فقدت الإبل وجب قيمتها كما في فقد إبل الدية، فإن فقد بعضها وجبت قيمته مع الموجود (وقيل لا يشترط) بلوغها (أى بلوغ الغرة نصف عشر الدية) بل متى وجبت سليمة مميزة وجب قبولها، وإن قلت قيمتها لإطلاق لفظ العبد والأمة في الخير. وعلى هذا

(١) المنتقى ٨١/٧، صحيح مسلم بشرح الأبي ٤٣٠/٤، كشف القناع ٢٣/٦، المعنى ٨٠٥/٧.

(٢) معنى المحتاج ١٠٥/٤، البحر الرزخار ٢٥٨/٦، المحلى ٢٤٨/١١.

(٣) معنى المحتاج ١٠٥/٤.

الوجه المعبر عنه في الروضه بالقول (فللفقد قيمتها) أى الغرة بالغة ما بلغت، كما لو غصب عبداً فمات^(١).

ويوضح ابن حزم رأى الظاهرية (فإن لم يوجد - العبد أو الأمة - فقيمة أحدهما - لو وجد - والقيمة في هذا، وفي الغرة جملة إذ اعدمت أقل ما يمكن ، إذ لا يجوز أن يلزم أحد غرامة، إلا بنص أو إجماع.. فأقل ما كانت تساوى الغرة - لو وجدت واجب على العاقلة بالنص، وما زاد على ذلك غير واجب...).

الرأى المختار: والذي اختاره هو الرأى الثالث الذى يقضى بأنه فى حال فقد الغرة يؤول الأمر إلى خمسين دينارا أو ستمائة درهم لقوة ما استدلوا إليه، إذ أنه ﷺ أوجب الغرة فى الجناية على الجنين مع وجود الإبل، وعند فقد الغرة يرجع إلى القيمة باعتبار الذهب أو الفضة، إذ بهما تقوم المتلفات.

غير أنه يراعى الآن تردى قيمة الفضة بالنسبة للذهب فيقتصر على التقويم بالذهب فقط، وهذا ما ارتآه بعض الفقهاء المعاصرين فى زكاة النقود^(٢).

ولقد فطن فقائنا القدامى عليهم الرحمة لمثل تلك التغيرات التى تحدث فى أصول الدية والنقدين وغير ذلك فوضعوا الحلول المناسبة، ومن ذلك ما ذكره ابن قدامة^(٣) غير أنه يبدو أن الفرق

(١) المحلى ٢٤٨/١١ (مسألة ٢١٣٣)

(٢) انظر كيف تتعامل مع السنة النبوية: معالم وضوابط للشيخ القرضاوى ص ١٣٢، ١٣٣ وأشار فضيلته الى أنه سبقه الى ذلك للشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ عبد الوهاب خلاف، والشيخ عبد الرحمن حسن فى محاضرتهم عن الزكاة بدمشق ١٩٥٢م.

(٣) المغنى ٨٠٤/٧، ٨٠٥.

لم يكن على النحو الموجود في عصرنا بالنسبة للفضة يقول : إذا اختلفت قيمة الأبل فنصف عشر الدية من غيرها، مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين دينارا أو اربعمائة درهم، فظاهر كلام الخرقى أنها تقوم بالإبل لأنها الأصل، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين دينارا أو ستمائة درهم، فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به، وعلى أهل الورق به، فإن كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هي عليه بما شاء منهما، لأن الخبرة الى الجاني في دفع ما شاء من الأصول، ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك^(١).

هذا والله أعلم،،،،

(١) انظر الموازين والمكاييل والمقاييس، / محمد أمين نجم الدين محمد أمين الكردي ص ٨٩، ١٠٣ والمراجع المشار إليها رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٤٠١ هو على ذلك تقدر بالدينار وهو يساوي ٤٢٤ جراما من الذهب فيكون المجموع $٤٢٤ \times ٥٠ = ٢١٢٠$ جراما من الذهب الخالص ويقوم جرام الذهب بالسعر المحدد من الجهة الرسمية وقت الحاجة اليه .



كلية الشريعة والقانون

زكاة العسل والخضروات دراسة فقهية مقارنة

إعداد
أ.د. سعد الدين مسعد الفلالي

أ.د. / سعد الدين مسعد الفلالي

الاستاذ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

زكاة العسل والخضروات

دراسة فقهية مقارنة

إعداد الأستاذ الدكتور / سعد الدين مسعد هلالى

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

يثور التساؤل عن حكم زكاة عسل النحل وحكم زكاة الخضروات وما فى حكمها مما لا يقتات.

ذلك أن محل الزكاة فيهما من جنس الثروة الزراعية ،
التي يجب فيهما الزكاة بالإجماع لقوله - تعالى - (١) -
﴿وَأَتَوْا حَقَّه يَوْمَ حَصَادِهِ﴾.

فهل تجب فى هاتين المسألتين (العسل والخضروات) الزكاة
كسائر ثمار ومحاصيل الأرض المقاتنة والمخزرة أو لاتجب فيهما
لعدم قصد النماء الخالص ؟

هذا ما سنوضحه بإذن الله - تعالى - فى المطلبين الآتيين:

(١) سورة الأنعام الآية ١٤١.

المطلب الأول

حكم الزكاة في عسل النحل

العسل : هو الصافي مما تخرجه النحل من بطونها، مذكر ومؤنث، والعسل الأبيض هو عسل النحل.

نقول: عسلت النحل؛ أى أخرجت العسل. والنحل: حشرة من رتبة غشائيات الأجنحة من الفضيلة النحلية، وإليها تنسب فصيلة النحليات ، تربى للحصول على عسلها وما يحتويه من شمع واحتتها: نحلة^(١).

♦ تحقيق المسألة من النتاج الزراعى أو الحيوانى:

يرى ابن رشد المالكى أن مسألة الزكاة فى عسل النحل تدرس مع زكاة الحيوان، باعتبار أن العسل نتاج النحل الذى هو نوع من الحيوان^(٢) . فبعد أن تكلم ابن رشد عن زكاة الأموال (الأثمان) انتقل إلى الحديث عن زكاة الحيوان، وذكر اختلاف الفقهاء فى حكم زكاة الخيل، ثم بين اختلافهم فى حكم زكاة المعلوفة والعوامل من النعم، ثم انتقل إلى بيان حكم زكاة العسل فقال: وأجمعوا على أنه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة إلا العسل ، فإنهم اختلفوا فيه. وبعد ذلك توجه ابن رشد لبيان زكاة النبات وما اختلفوا فيه منها^(٣) .

(١) لسان العرب ص ٢٩٤٥ ط دار المعارف، للمعجم الوجيز ص ٤١٩، ٦٠٦ مجمع اللغة العربية ط أولى ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م دار التحرير للطبع والنشر .

(٢) يطلق للحيوان على كل ذى روح ناطقاً كان أو غير ناطق، المعجم الوجيز ، ص ١٨٢.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد المالكى، ٢٥١/١-٢٥٣ ط رابعة ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م مطبعة البابى الحلبي.

♦ ويرى كثير من الفقهاء أن مسألة الزكاة في عسل النحل تدرس مع زكاة الزروع والثمار، باعتبار أن العسل مستخرج من الثمار والأنوار .

من هؤلاء قهاء الحنفية؛ حيث تكلم الإمام الزيلعي عن حكم الزكاة في عسل النحل في باب العشر مما يخرج من الأرض ، يقول : يجب العشر في عسل وجد في أرض العشر وفي كل شيء أخرجه الأرض سواء مسقى سحيا أو سقته السماء .. حتى يجب في الخضروات ..

ثم قال : ويؤخذ من العسل العشر لأنه يتناول الثمار والأنوار وفيهما العشر ، فكذا ما يتولد منهما بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولاعشر فيها ^(١) .

كما تكلم داماد أفندي عن حكم زكاة العسل في باب زكاة الخارج من الأرض، فبعد أن تكلم عن زكاة القطن والزعفران وأنه لاشيء في الحطب والتبن، قال: ويجب في العسل العشر قل أو كثر، لأنه يتناول الثمار والأنوار، وفيهما العشر، فكذا فيما يتولد منهما ^(٢) .

ومن هؤلاء فقهاء الشافعية؛ حيث تكلم الشيرازي عن حكم زكاة العسل في باب زكاة الثمار، فقال: وتجب الزكاة في ثمرة النخل والكرم .. ولا تجب فيما سوى ذلك من الثمار كالنتين والتفاح .. واختلف قول الشافعي في العسل فقال في القديم :

(١) تبين الحقائق للزيلعي الحنفى ١/٢٩١، ٢٩٣ ط الأول للمطبعة الأميرية الكبرى ببولاق ١٣١٣هـ .

(٢) مجمع الأنهر لداماد أفندي الحنفى ١/٢١٦، ٢١٧ دار إحياء التراث للنشر والتوزيع.

يحتمل أن يجب فيه. وقال في الجديد: لا تجب لأنه ليس بقوت فلا يجب فيه العشر كالبيض^(١).

ومن هؤلاء فقهاء الحنابلة؛ حيث تكلم ابن قدامة عن حكم زكاة العسل في باب زكاة الزروع والثمار، فبعد أن تكلم عن زكاة الزيتون، انتقل إلى الفصل الذي يليه في حكم زكاة العسل، وقال: مذهب أحمد أن في العسل العشر^(٢).

ومن هؤلاء: أبو عبيد، القاسم بن سلام، حيث عقد باباً لبيان ما اختلف الفقهاء فيه من صدقه ما تخرج الأرض من الحب والثمار في أصناف ثلاثة: العسل والزيتون والخضر^(٣). وتوجهت إلى ذلك أيضاً الموسوعة الفقهية التي أعدتها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت؛ حيث جاءت في الجزء الثالث والعشرين تحت عنوان {زكاة الزرع والثمر المأخوذ من الأرض} وتكلمت عن زكاة العسل والمنتجات الحيوانية^(٤).

ومن هنا: رأيت الحديث عن مسألة زكاة العسل في مسائل الثروة الزراعية باعتباره مستخرجاً من الثمار والأنوار، التي تجب فيها الزكاة، وإن كان خروجه من بطون النحل؛ حيث لا يجب في عين النحل زكاة، كما أن الذين قالوا بوجوب الزكاة في

(١) للمهذب للشيرازي الشافعي ١٥٣/١، ١٥٤ ط ثالثه ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م مطبعة مصطفى الباب الحلبي

(٢) للمغني مع الشرح الكبير لابن قدامة للحنبلي ٧٧/٢ ط أولى مطبعة المنار بمصر ١٣٤٨ هـ.

(٣) الأموال لأبي غبيد بن سلام ص ٤١٧، ٤٩٦ تحقيق محمد خليل هراس.

(٤) الموسوعة الفقهية ٢٣/ ٢٩٠ رقم ١١٨ إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ط ثانية ١٩٩٢ م.

عسل النحل من الحنفية والحنابلة قالوا: إن القدر الواجب إخراجه هو العشر، كالزروع والثمار.

♦ تحرير محل النزاع وسبب الخلاف:

لا خلاف بين الفقهاء في عدم وجوب الزكاة فيما يخرج من الأرض بواسطة الحيوان إلا العسل الذي اختلفوا فيه ولم يختلفوا في عدم وجوب الزكاة في اللبن والبيض والصوف والمسك وحرير القز .. وغيرها .

وسبب الخلاف في حكم زكاة العسل - كما يذكره ابن رشد - هو الاختلاف في تصحيح الأثر الوارد في ذلك، وهو قوله ﷺ (في كل عشرة أزق زق) أخرجه الترمذي وغيره^(١) .

♦ مذاهب الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها.

للفقهاء في هذه المسألة مذهبان في الجملة. أذكرهما فيما يلي .. مع بيان أدلتهم ومناقشتها والراى الراجح:

♦ المذهب الأول: يرى أن الزكاة واجبة في عسل النحل

والى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمذهب القديم للشافعى، ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وسليمان بن أبى موسى والأوزاعى وإسحاق^(٢) .

واشترط الحنفية لوجوب الزكاة في عسل النحل أن يكون في أرض العشر، أما إن كان من أرض خراجية فلا زكاة فيه، لأن الخراجية يؤخذ منها الخراج، ولا يجتمع عندهم عشر وخراج في أرض واحدة .

(١) بداية المجتهد ٢٥٣/١.

(٢) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفى ٦/٢ طولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م ، تبين الحقائق ١/٢٩١، مجمع الأنهر ١١٦/٢ ، المعنى مع الشرح للكبير ٥٧٧/٢ ، المهذب ١٥٤/١ ، الأموال من ٤٩٦ ، ٤٩٧.

وروى عن أبي حنيفة أنه لازكاة في غسل النحل إن كان في أرض مفازة أو جبل غير مملوك. وقال أبو يوسف: لازكاة إلا أن يكون النحل في أرض مملوكة .
واستدل أصحاب هذا المذهب على وجوب الزكاة في الغسل بالسنة والمأثور والمعقول .

(أ) أما دليل السنة؛ فممنه :

(١) حديث عمرو بن شعيب ^(١) عن أبيه محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن رسول الله ﷺ كان يؤخذ في زمانه من قرب الغسل من عشر قربات قرابة من أوسطها .

وفي رواية عند ابن أبي شيبة عن عباد بن العوام عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب: أن أمير الطائف كتب إلى عمر بن الخطاب : أن أهل الغسل منعونا ما كانوا يعطون من كان قبلنا؟ قال: فكتب

إليه: إن أعطوك ما كانوا يعطون رسول الله ﷺ ، فاحم لهم ، وإلا فلا تحم لهم ، وزعم عمرو بن شعيب أنهم كانوا يعطون من كل عشر قرب قرابة .

وجه الدلالة من هذا الحديث واضح فيما يحكيه عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ كان يأخذ زكاة الغسل من كل عشرة قرب قرابة ، وهذا دليل على وجوب الزكاة فيه ، لأن النبي ﷺ لا يأخذ إلا ما وجب .

(٢) حديث سليمان بن أبي موسى ^(١)، قال: إن أبا سياره المتعي- وكان حليفاً لبني بجاله ، وهى بطن من ذهل- قال: يا

(١) الأموال ص ٢٩٦ رقم ١٤٨٩، سنن ابن ماجه ٥٨٤/١ مطبعة عيسى البابى الحلبي دار إحياء الكتب العربية ١٣١٣ هـ ، المعنى والشرح الكبير ٥٧٧/٢، قال ابن قدامة نورواه أبو داود وابن أبي شيبة والأثرام.

رسول الله، إن لى نحلا. قال: أد العشر، قال: فاحم جبلها، قال: فحماه له.

وجه الدلالة فى أمر النبى ﷺ أبا سياره أن يؤدى زكاة نحلة، والأمر للوجوب .

(٣) حديث سعد بن أبى نباب ^(٢)، قال: قدمت على رسول الله ﷺ، فأسلمت، وقلت: يا رسول الله، اجعل لقومى ما أسلموا عليه من أموال، قال: ففعل واستعملنى عليهم ، ثم استعملنى أبو بكر من بعده، ثم استعملنى عمر من بعده، قال فقدم على قومه، فقال لهم: فى العسل زكاة، فإنه لا خير فى مال لا يزكى، قالوا له: كم ترى ؟ قال: العشر، فأخذ منهم العشر، فقدم به على عمر، وأخبره بما صنع، فأخذه عمر فباعه، فجعله فى صدقات المسلمين.

وجه الدلالة من هذا الحديث فى قيام سعد بن أبى نباب بتحصيل زكاة العسل من قومه وكان مندوبا عن النبى ﷺ والخلفاء من بعده ، فلو لم يكن واجبا لنهوه عن ذلك .

(ب) وأما دليل المأثور:

فما روى عن بعض الصحابة والتابعين من القول بوجوب الزكاة فى عسل النحل، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف، ومن هذا المأثور ما أخرجه أبو عبيد فيما يلى ^(٣) :

(١) رواه أبو عبيد فى الأموال ص ٤٩٦ رقم ٢٤٨٩ ، كما رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى - أنظر تحقيق الأموال لمحمد خليل هراس ص ٤٩٦ هامش ٢، سنن ابن ماجه ٥٨٤/١.

(٢) للموال ص ٤٩٦ رقم ١٤٨٧ .

(٣) الأموال ص ٤٧٩ رقم ١٤٩٠ - ١٤٩٤

(١) عن هلال بن مرة، أن عمر بن الخطاب قال في عسور العسل: ما كان منه في السهل ففيه العشر، وما كان منه في الجبل ففيه نصف العشر .

(٢) عن مروان بن شجاع عن خصيف، أن عمر بن عبد العزيز رأى في العسل العشر .

(٣) عن النعمان بن المنذر، عن محمول قال : في كل عشرة أزق من عسل عشرها .

(٤) عن محمد بن كثير عن الأوزاعي ، عن الزهري قال : في عشرة أزقاق زق .

(٥) وعن سعيد بن عبد العزيز عن سليمان بن موسى أنه قال : في عشرة أزقاق زق ، قال سعيد : الزق يسمعون رطلين .

(جـ) وأما دليل المعقول:

فهو القياس على الزروع والثمار ، لأن العسل متولد من الثمار والأنوار ، وفيهما العشر، فكذلك فيما يتولد منهما . وهذا بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها ^(١) .

مناقشة دليل الحنفية والحنابلة :

وردت عدة مناقشات على دليل الحنفية والحنابلة في وجوب زكاة عسل النحل وأهمها ما يلي :-

(أ) دليل السنة :

ماورد من السنة يدل على وجوب الزكاة في عسل النحل نوقوش من ناحيتي السند والمتن :

(١) أما من ناحية السند : فكل ما ورد في وجوب زكاة العسل ضعيف لا يقوى للاحتجاج به. فقد ذكر الحافظ ابن حجر عن

(١) تبين الحقائق، مجمع الأنهر - المرجعين السابقين .

الزعفراني ، قال: قال الشافعي : الحديث في أن في العسل العشر ضعيف ، واختيارى أنه لا يؤخذ منه. وقال البخاري : لا يصح فيه شيء ، وقال أبو بكر بن المنذر : ليس في صدقة العسل حديث يثبت ولا إجماع ، فلا زكاة فيه ، وقال الترمذي: ولا يصح عن النبي ﷺ في هذا الباب كبير شيء .

قال الحافظ ابن حجر : وحديث عمرو بن شعيب- المذكور - قال عنه الدارقطني: يروى عن ابن عبد الرحمن بن الحارث وابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مسندا، ورواه يحيى بن سعيد الأنصاري مرسلا. قال ابن حجر : فهذه علته ، معبد الرحمن وابن لهيعة ليسا من أهل الإتقان لكن تابعهما عمرو ابن الحارث، وتابعهما أسامة بن زيد عن ابن ماجه، وقال المنذرى : وأخرجه النسائي. وأخرج ابن ماجه طرفا منه .

قال : وحديث ابن سيارة المتعنى - المذكور - رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقي من رواية سليمان بن موسى عن أبي سيارة، وهو منقطع . قال البخاري: لم يدرك سليمان أحدا من الصحابة وليس في زكاة العسل شيء يصح . وقال أبو عمر بن عبد البر: لا تقوم بهذا حجة .

قال : وحديث سعد بن أبي نباب - المذكور - في اسناده منير بن عبد الله ، ضعفه البخاري والزدى وغيرهما^(١).
(٢) وأما من ناحية المتن ؛ فتحمل هذه الأحاديث - على التسليم بصحتها - على التطوع والاختيار، وليس على سبيل الوجوب.

(١) تلخيص الحبير لابن حجر ١٦٨ / ٢ ط شركة الطباعة الفنية ، الزوائد على سنن ابن ماجه للبوصري المطبوع على هامش سنن ابن ماجه ٥٨٤/١ دار إحياء للكتب العربية ١٣١٣ هـ ، الأم للشافعي ٣٣/٢ ط بولاق ١٣٢١ هـ ، المعنى مع الشرح للكبير ٥٧٧/٢ .

قال الشافعي في حديث سعد بن أبي نضال ، أنه أخذ العسل في العسل من قومه وسلمه إلى عمر بن الخطاب فباعه وجعله في صدقات المسلمين ، ليس فيه ما يدل على أن النبي ﷺ أمره بذلك، وإنما هو شيء رآه هو، فتطوع له به قومه^(١) .

أجاب عن ذلك الإمام أحمد بأن أخذ الزكاة من عسل النحل لا يعنى إلا الوجوب فقد ذكر ابن قدامة عن الأثرم، قال سئل أبو عبد الله: أنت تذهب إلى أن في العسل زكاة ؟ قلت : ذلك على أنهم تطوعوا به ، قال لا، بل أخذه منهم^(٢) .

(ب) دليل المأثور :

ما ورد من المأثور يدل على أن في عسل النحل زكاة ورد منه ما يخالفه وأن لا زكاة في عسل النحل كما سيأتي في دليل الملكية والشافعية، وعلى ذلك فيحمل ما ورد من المأثور في زكاة عسل النحل على التطوع.

(ج) دليل المعقول :

قياس عسل النحل على الزروع والثمار ، لأنه متولد من الثمار والأنوار، قياس غير صحيح لأن السبب في وجوب الزكاة في الزروع والثمار أنهم نتاج الأرض النامية بخلاف العسل الذي هو نتاج الحيوان ، فكان حكمة حكم اللبن والبيض . ثم إن الزكاة تجب في الثمار ولا تجب في الأنوار، فكان مقتضى القياس أن لا تجب الزكاة في العسل والأنوار .

(١) الأم، تلخيص الحبير - للمرجعين السابقين .

(٢) المختار والشرح للكبيرة ٥٧٧/٢ .

المذهب الثاني: يرى أن الزكاة غير واجبة في عسل النحل: وإلى هذا المذهب المالكية والجديد عند الشافعية، وبه قال عبد الله بن عمر، وعمر بن عبد العزيز في قول آخر وابن أبي ليلى وسفيان الثوري وابن المنذر^(١).

استدل أصحاب هذا المذهب على عدم وجوب الزكاة في عسل النحل بالسنة والمأثور والمعقول :-

(١) أما دليل السنة :-

فحديث أبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل حين بعثهما النبي ﷺ إلى اليمن^(٢)، يعلمان الناس أمر دينهم، قال لهما: (لا تأخذوا في الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر).

ووجه الدلالة يذكره أبو عبيدة وهو أن النبي ﷺ لم يامر معاذاً أن يأخذ الزكاة من العسل حين بعثه إلى اليمن، وهى بلاد العسل، مما يدل على إسقاط الصدقة عنه^(٣).

لكن الجواب عن ذلك بأن الحديث ورد في الزروع والثمار، أما العسل فقد ورد فيه نص خاص .

(٢) وأما دليل المأثور :-

فما روى عن بعض السلف الصالح من القول بعدم وجوب زكاة عسل النحل، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف مع

(١) بداية المجتهد/١/٢٥٣، الأم ٣٣/٢، المهذب/١/١٥٤، الأموال ص ٤٩٨، المكنى والشرح الكبير ٥٧٧/٢

(٢) أخرجه الحاكم وصححه - المستدرك للحاكم ٤٠١/١ ط دار المعارف العثمانية، كما أخرجه الطبراني والدارقطني، وقال البيهقي: رواه ثقات وهو متصل - مجمع الزوائد للهيثي ٧٥/٣ مؤسسة المعارف بيروت، بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني مع سبل السلام ٥٣/٢ ط دار الحديث للقاهرة .

(٣) الأموال ص ٥٠٤ رقم ١٥٣٢ .

حسن الظن بهم، واشتہار المسألة ، ومن ذلك المأثور ما أخرجه أبو عبيد بسنده مما يلي^(١) :-

- عن ابن عمر قال: ليس في الخيل ولا في الرقيق ولا في العسل صدقة.

ورواه ابن أبي شيبة عن نافع قال : بعثني عمر بن عبد العزيز على اليمن ، فأرنت أن آخذ من العسل العشر، فقال مغيرة بن حكيم للصنعاني : ليس فيه شيء ، فكتبت إلى عمر، فقال : صدق وهو عدل رضى .

- وقال ابن أبي ليلى وسفيان الثوري : لا صدقة إلا في أربعة أشياء : البر والشعير والتمر والزبيب . قال أبو عبيد : يدل هذا بالتأويل أنه لا زكاة في العسل .

ويلاحظ أن عمر بن عبد العزيز روى عنه أبو عبيد رواية أخرى أن في العسل العشر ، كما سبق في دليل الحنفية .

(٣) وأما دليل المعقول فمن وجهين :

الوجه الأول :- أن عسل النحل ليس بقوت فلا يجب فيه العشر كالبيض^(٢) .

الوجه الثاني :- أن عسل النحل لي خارجاً من الأرض حتى يتحقق فيه سبب وجوب الزكاة كالزروع ، وإنما هو مائع خارج من حيوان ، فكان حكمة حكم اللبن والعنبر واللؤلؤ^(٣) .

(١) الأموال ص ٤٩٨ رقم ١٤٩٥ - ١٤٩٨ .

(٢) المذهب ١/ ١٥٤ - والقوت هو الذي يعد للنفقة ويصلح أن يكون قوتاً تنفذ به الأجسام على الدوام بخلاف ما يكون قولماً للأجسام لا على الدوام - لتنظم للمستعبد شرح غريب للمذهب لابن بطال هلمش للمذهب ١/ ١٥٤ ط الثالثة ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م مطبعة مصطفى الباب الحلبي

(٣) تبين للحقائق ١/ ٢٩٣، للمغنى والشرح للكبير ٥٧٧/٢، الأموال ص ٤٩٨ رقم ١٤٩٧ .

- أعترض على ذلك ابن قدامة، فقال: قياس العسل على اللبن لا يصح، لأن اللبن وجبت الزكاة في أصله، وهي السائمة بخلاف العسل^(١).

- ويمكن الجواب عن ذلك بأن العسل وجبت الزكاة في أصله، وهو الزرع والثمار، بل إن اللبن يمكن أن يقتات بخلاف العسل، يدل لذلك حديث أبي سعيد في زكاة عيد الفطر، قال: كنا نعطيها في زمن النبي ﷺ صاعاً من طعام أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير أو صاعاً من زبيب أو صاعاً من لُقَط (متفق عليه)^(٢)، وألُقَط - بفتح الهمزة وكسر القاف - لبن مجفف يابس مستحجر يطبخ به^(٣).

♦ والراجع: هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية من القول بعدم وجوب الزكاة في عسل النحل، لعدم ثبوت دليل صحيح فيه، والواجب لا يثبت إلا بيقين .

وأرى استحباب إخراج الزكاة في عسل النحل خروجاً من الخلاف، وشكراً لله تعالى على نعمه.

وهذا ما ارتآه أبو عبيد، بعد أن روى ما ثبت في العسل وقال: جاءت آثار بإسقاط الصدقة عنه، وجاءت آثار أخرى بإيجابها فيه، فاعتدل الوجهان في العسل.

وأشبه الوجه في أمره عندي: أن يكون أربابه يؤمرون بأداء صدقته ويحثون عليها، ويكره لهم منعها، ولا يؤمن عليهم المأثم في كتمانها، من غير أن يكون فرضاً كوجوب صدقة

(١) المغني والشرح للكبير ٥٧٧/٢ بتصرف .

(٢) صحيح البخاري ١٥٠/٣ ط المكتبة السلفية، صحيح مسلم ١٣/٢ ط الحلبي، بلوغ

المرام مع سبل السلام ٥٣٩/٢

(٣) سبل السلام للصنعاني ٥٣٩/٢ ط دار الحديث

الأرض والمائية، ولا يجاهد أهله على منع صدقته كما يجاهد مانعوا دينك المالكين، ذلك أن السنة من رسول الله ﷺ لم تصح فيه كما صحت فيهما، ولا وجدت في كتب صدقاته^(١).

نصاب العسل والقدر الواجب إخراجه:

على مذهب من قال بوجوب الزكاة في عسل النحل من الحنفية والحنابلة، فما هو النصاب فيه؟ وما القدر الواجب إخراجه؟ خلاف.

♦ أما القدر الواجب إخراجه فقد اتفقوا على أنه العشر، وروى أبو عبيد هلال بن مرة أن عمر بن الخطاب قال في عشور العسل: ما كان منه في السهل ففيه العشر، وما كان منه في الجبل ففيه نصف العشر^(٢).

وقول عمر هذا يتفق مع قياس الزروع والثمار، لأنها إن سقيت بماء السماء ففيها العشر، وإن سقيت بالنواضح ففيها نصف العشر.

♦ وأما نصاب العسل، فقد اختلفوا فيه اختلافا كبيرا.

- قال أبو حنيفة: نصاب العسل، فتجب زكاته في القليل والكثير بناء على أصله في الحبوب والثمار.

- وقال أبو يوسف: نصاب العسل هو نصاب أصله من الزروع والثمار: خمسة أوسق بالقيمة، يعني يقوم العسل فإن بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من الزروع وجبت الزكاة.

وعن أبي يوسف: أن نصاب العسل يقدر بعشرة قرب، وعنه: أنه يقدر بعشرة أرتال.

- وقال محمد بن الحسن الشيباني: نصاب العسل يقدر بخمسة أفراف، كل فرق ستة وثلاثون رطلا، لأنه ما يقدر به نوعه^(٣).

(١) الأموال من ٥٠٤ رقم ١٥٢٣، ١٥٢٤.

(٢) الأموال من ٤٩٧ رقم ١٤٩٠.

(٣) تبين الحقائق ٢٩٣/١.

- وقال الحنابلة: نصاب العسل عشرة أفرق، استدلالاً بما روى عن عمر بن الخطاب، أن ناساً سألوه فقالوا: إن رسول الله ﷺ قطع لنا وادياً باليمن فيه خلايا من النحل، وإننا نجد ناساً يسرقونها، فقال عمر: إن أدبتم صدقتها من كل عشرة أفرق فرقا حميناها لكم.

قال ابن قدامة: رواه الجوزجاني. وهذا تقدير من عمر رضى الله عنه، فيتعين المصير إليه. والفرق ستة عشر رطلاً بالعراقي، قاله أحمد في رواية أبي داود. وقال ابن حامد: الفرق ستون رطلاً. فعلى الأول يكون النصاب مائة وستون رطلاً، وعلى الثاني يكون النصاب: ستمائة رطل.

وقال الخليل بن أحمد: الفرق - بإسكان الراء - مكيال ضخم من مكابيل أهل العراق، وقيل: هو مائة وعشرون رطلاً. وقال أبو عبيد: لا خلاف بين الناس أعلمه في أن الفرق ثلاثة أصع، قال ابن قدامة: ويحتمل أن يكون نصابه ألف رطل، لحديث عمرو بن شعيب أنه كان يؤخذ في زمن النبي ﷺ من قرب العسل من كل عشر قرب قرية من أوسطها. قال ابن قدامة: والقربة عند الإطلاق مائة رطل، بدليل أن القلتين خمس قربوهي خمسمائة رطل^(١).

(١) المغني والشرح الكبير ٥٧٨/٢ - وعلى القول بأن الفرق ثلاثة أصع، فإن الصاع يقدر بالوزن المعاصر بعدد ٢ كيلو جرام، وعليه فالنصاب في العسل = ١٠ فرق × (٢،١٧٠ × ٢) = ٦٥،١٠ كيلو جراماً - فنظر تقويم الصاع بالكيلو في فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ٣٧٣/١ مؤسسة الرسالة - بيروت ط الخامسة عشر ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ .

المطلب الثاني حكم الزكاة فى الخضروات وما فى حكمها مما لا يقتات

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء فى عدم وجوب الزكاة على ما
تخرجه الأرض من الحشيش والحطب والقصب .. وغيرها مما
لا يقصد به الاستغلال^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء فى وجوب الزكاة فى أربعة أشياء
من الزروع والثمار، وهى: البر والشعير والتمر والزبيب.
وممن حكى الإجماع فى ذلك ابن المنذر وابن عبد البر.
واختلفت الفقهاء فى حكم زكاة ما عدا تلك الأصناف
الأربعة من النبات، سواء كان مدخرا ومقتاتا كالأرز والذرة، أو
من القطنيات كالفول والعنص والحمص، أو من الأبازير^(٢)
كالكمون والكراميا، أو من البزور كبزر الكتان والقثاء
والخيار، أو من حب البقول كحب الفجل والقرمى والسمسم، أو
كان من المشمش والفسنق والبندق، أو كان من الفواكه كالخوخ
والكمثرى والتفاح، أو كان من الخضر كالقثاء والخيار
والبادنجان والجزر .

(١) بداية المجتهد ٢٥٣/١

(٢) الأبازير هى التوابل، تقول: بزر وبزر القدر: رمى فيها الأبازير، وبزر كلمة:
حسنة وزوقه، واليزر - بفتح أو كسر الباء وسكون الزاى - الحب يلقى فى الأرض
للنبات. والنسل والجمع: بزر، واليزر بكسر اليا - للتابل، والجمع أبراز وأبازير:
المعجم للوجيز ص ٤٨. واليزر - بالذال - كل حب يزرع فى الأرض والنسل ومنه
(أن هؤلاء يزرع سوء) ، وللجمع: المعجم الوجيز ص ٤٨. واليزر - بالذال - البذر -
للمعجم للوجيز ص ٤٢.

حيث ذهب بعض أهل العلم إلى أن الزكاة لا تجب إلا في الأصناف الأربعة سالفة الذكر وبعضهم ذهب إلى أن الزكاة تجب في جميع المدخر المقتات، وبعضهم ذهب إلى الزكاة تجب في كل ما تخرجه الأرض ما عدا الحشيش والحطب والقصب .
سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة :

يفصل ابن رشد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، ويقول:

- أما سبب الخلاف بين من قصر الزكاة على الأصناف المجمع عليها وبين من عداها إلى المدخر المقتات؛ فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الأصناف الأربعة، هل هو لعينها أو لعلها فيها، وهل هي الاقتنيات؟ فمن قال لعينها: قصر الوجوب عليها، ومن قال لعلها الاقتنيات: عدى الوجوب لجميع المقتات.

- وأما سبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداها إلى جميع ما تخرجه الأرض إلا ما وقع عليه الإجماع من الحشيش والحطب والقصب؛ فهو معارضة القياس للعموم اللفظ.

أما اللفظ الذي يقتضى العموم فهو قوله ﷺ : " فيما سقت السماء العشر، وفيما سقى بالنضح نصف العشر " وما بمعنى الذى والذى من أفاضل العموم، وقوله تعالى (١): ﴿ وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ ۖ .. الآية إلى قوله تعالى : ﴿ وَأَنْتَ أَهْلُهَا يَوْمَ حَصَادِهِ ۖ ﴾ .

وأما القياس فهو أن الزكاة إنما المقصود منها سد الخلة، وذلك لا يكون غالباً إلا فيما هو قوت.

(١) سورة الأنعام الآية ١٤١.

فمن خصص العموم بهذا القياس أسقط الزكاة مما عدا
المقتات، ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك إلا ما أخرجه
الإجماع.

والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في أشياء من قبل
اختلافهم فيها، هل هي مقتاة أم ليست بمقتاة؟ وهل يقاس على
ما اتفق عليه أو ليس يقاس؟ مثل اختلاف مالك والشافعي في
الزيتون. فإن مالكا ذهب إلى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك
الشافعي في قوله الأخير بمصر. وسبب اختلافهم: هل هو قوت
أو ليس بقوت؟ ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في إيجاب
الزكاة في التين أو لا.

وذهب بعضهم إلى أن الزكاة تجب في الثمار دون
الخضر وهو قول ابن حبيب^(١).

مذاهب الفقهاء وأدلتهم:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ويمكن إجمال أقوالهم في
المذاهب الثلاثة الآتية:-

المذهب الأول: يرى أن الزكاة تجب في أربعة أصناف
فقط من النبات.

وهي: البر والشعير والتمر والزبيب، ولا تجب فيما عداها من
أصناف.

حكى هذا المذهب عن الإمام أحمد، وبه قال ابن أبي ليلى
وسفيان الثوري وابن المبارك وأبو عبيد، وهو قول ابن عمر
وموسى بن طلحة والحسن وابن سيرين والشعبي والحسن بن
صالح، وهو اختيار الصنعاني^(٢).

(١) بديعة المجتهد ١/٢٥٣، ٢٥٤.

(٢) للمعنى وللشرح الكبير ٢/٥٥٠، بديعة المجتهد ١/٢٥٣، الأموال ٤٩٨، ص ٥٠٤.
رقم ١٥٣٠، سبل السلام ٢/٥٣٠.

وحجة أصحاب هذا المذهب: أن ما عدا هذه الأصناف الأربعة (البر والشعير والتمر والزبيب) لا نص فيها ولا إجماع، ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه في غلبة الاقتيات بها وكثرة نفعها ووجودها فلم يصح قياسه عليها، ولإحاقه بها، فيبقى على الأصل من البراءة^(١).

ونقل الصنعاني عن صاحب المنار، قال: أن ما عدا الأربعة (المجمع عليها) محل احتياط أخذ وتركها، والذي يقول لا يؤخذ من غيرها.

قال الصنعاني: الأصل المقطوع به حرمة مال المسلم، ولا يخرج عنه إلا لبيل قاطع وهذا المذكور، لا يرفع ذلك الأصل^(٢).

وأما الدليل على وجوب الزكاة في الأصناف الأربعة فأحاديث كثيرة أذكر منها ما يلي:

١. حديث ابن موسى الأشعري ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما، قال لهما النبي ﷺ حين بعثهما إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم: (لا تأخذوا في الصدقة إلا من هذه الصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر). رواه الحاكم وصححه، والطبراني، والدارقطني، وقال البيهقي: (رواية ثقات وهو متصل)^(٣).

٢. حديث موسى ابن طلحة عن عمر قال: (إنما سن رسول الله ﷺ الزكاة في هذه الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر). رواه الطبراني، وقال أبو زرعة: إنه مرسل^(٤).

(١) المغني والشرح الكبير ٥٥٠/٢.

(٢) سبل السلام ٥٣٠/٢.

(٣) سبق تخريجه في دليل المالكية والشافعية في عدم وجوب زكاة في صل نحل.

(٤) سبل السلام ٥٢٩/٢ - كما أخرجه للدارقطني ٩٦/٢ طدار المحاسن وفيه انقطاع كما في التلخيص لابن حجر ١٦٦/٢ ط شركة الطباعة الفنية .

٣. حديث عمرو بن شعيب عن أبيه محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال رسول الله ﷺ (الزكاة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب).

وفى رواية: (العشر في التمر والزبيب والحنطة والشعير). رواهما الدار قطنى، كما أخرجه ابن ماجه بزيادة (الذرة)^(١)

قال ابن حجر فى تلخيص الحبير: إنه حديث واه، وفى الباب مراسيل فيها ذكر الذرة قال البيهقي: هذه المراسيل طرفتها مختلفة، وهى يؤكد بعضها بعضاً^(٢).

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث واضح فى حصر النبى ﷺ الأصناف التى يجب فيها الزكاة بهذه الأربعة، فلا يجوز التزديد عليها.

يقول أبو عبيد: وقد بعث رسول الله ﷺ معاذ إلى اليمن - وهو معدن السمسم - فلم يبلغنا أنه أمره فى حبه ولا دهنه بشيء. كما لا يأمر النبى ﷺ معاذاً أن يأخذ العسل من شيئاً حين بعثه إلى اليمن، وهى بلاد العسل^(٣).

المذهب الثانى: يرى وجوب الزكاة فى كل شىء أخرجته الأرض مما يقصد به الاستغلال غالباً.

وعليه فتجب الزكاة فى الأصناف الأربعة المجمع عليها، كما تجب فى كل ما يقتلت وما يتفكه به، كما تجب الزكاة فى الخضروات .

(١) منن الدار قطنى ٩٣/٢ ط دار للمحاسن، سنن ابن ماجه ٥٨٣/١، سبل السلام ٥٣٠/٢.

(٢) تلخيص الحبير ١٦٤/٢، ١٦٦ ط شركة الطباعة للفتية، سبل السلام ٥٣٠/٢.

(٣) الأموال من ٥٠٣، ٥٠٤ رقم (١٥٢٦، ١٥٣٢).

ولا تجب الزكاة في الحطب والقصب الفارسي والحشيش والسعف. وغيرها مما لا يقصد به استغلال الأرض غالباً، بل تنفى عنها. أما لو استغل بها أرضه وجبت فيها الزكاة. وعلى هذا: كل ما لا يقصد به استغلال الأرض لا تجب فيه الزكاة، وكذلك لا زكاة فيما هو تابع للأرض كالنخل والأشجار، لأنه بمنزلة جزء الأرض، ولهذا يتابعها البيع. (وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة^(١)). وهو مذهب الهادوية^(٢). قال أبو عبيد: ويروى عن مجاهد وإبراهيم النخعي ذلك القول، وقد روى عنهما خلافة^(٣).

دليل الحنفية والهادوية :-

استدل الإمام أبو حنيفة ومن وافقه من الهادوية على وجوب الزكاة في كل شيء أخرجته الأرض عدا ما لا يقصد به الاستغلال غالباً كالحطب والحشيش والقصب الفارسي من وجهتين:

الأولى:- ثبوت الزكاة في كل ما تخرجه الأرض.
والثانية :- نفى الزكاة عما تخرجه الأرض مما لا يقصد به الاستغلال.

أولاً: الدليل على وجوب الزكاة في كل شيء أخرجته الأرض:

بعموم الأدلة من الكتاب والسنة والمأثور والمعقول:

(١) تبين الحقائق ١/٢٩١، ٢٩٢، مجمع الأنهر ١/٢٥١، حاشية ابن عابدين ٢/٤٩، ٥٠٠ ط الثالثة المطبعة الكبرى الأميرية ببغداد ١٣٢٣ هـ.

(٢) مبدل السلام ٢/٥٣٠.

(٣) الأموال ص ٥٠١ رقم ١٥١٧، وسيأتي في دليل المأثور للمذهب الثالث بإذن الله تعالى.

- ١- أما دليل الكتاب فعموم قوله تعالى: ^(١) {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا انقشروا من طبيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض}. فهذا عام في كل شيء أخرجته الأرض.
- وقال تعالى: ^(٢) {وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخل والزرع مختلفا أكله والزيتون والرمان متشابها وغير متشابهه كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده}. وهذه الآية أيضا عامة في كل ما يزرع ليحصد بقصد النماء.
- ٢- وأما دليل المأثور فما رواه أبو عبيد عن مجاهد، قال: كل شيء خرج من الأرض - قل أو كثر - مما سقت السماء أو سقى العيون ففيه العشر، وما سقى بغرب أو دالية أو ناعورة ففيه نصف العشر.
- قال أبو عبيد: وروى عن إبراهيم النخعة مثل هذا، وروى عن إبراهيم ومجاهد خلافة ^(٣).
- ٣- وأما دليل السنة فما رواه البخاري عن عبد الله بن عمر ^(٤) أن النبي ﷺ قال: "فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر، وفيما سقى بالنضح نصف العشر". فهذا الحديث عام في كل ما يخرج من الأرض دون استثناء، لأن ما بمعنى الذي، والذي من ألفاظ العموم.

(١) سورة البقرة الآية ٢٦٧.

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤١.

(٣) الأموال ص ٥٠١ رقم ١٥٨١، ١٥١٩.

(٤) صحيح البخاري ١٤٨/٣، بلوغ المرام مع سبل السلام ٥٢٨/٢ رقم ٥٧٤ - والعثري - يفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء - والنبات الذي يشرب بعروقه منغير سقى كما فسر الخطابي - سبل السلام ٥٢٨/٢.

٤- وأما دليل المعقول فهو قياس كل ما يخرج من الأرض، إذا قصد بزراعته النماء، على الأصناف الأربعة المجمع على وجوب الزكاة فيها، بجامع النماء في كل، لأن السبب هي الأرض النامية^(١).

ثانياً : الدليل على عدم وجوب الزكاة فيما تخرجه الأرض مما لا يقصد به الاستغلال:

- استدل أبو حنيفة على ذلك بأن ما تخرجه الأرض مما لا يقصد به الاستغلال لا يدر نماء للأرض بل يعوق استغلالها، والزكاة إنما تجب فيما يقصد للنماء. وعليه فلا يجد نتاج بعينه لا يقصد به الاستغلال، وإنما الأمر يختلف باختلاف الأحوال، فربما كان الحشيش والحطب والقصب والتين والسعف مما لا يقصد به الاستغلال فلا زكاة فيه، وربما قام صاحب الأرض بزراعة، ذلك قاصدا الاستغلال والنماء، فتجب فيه الزكاة^(٢).

- واستدل الهاديوية على استثناء الحطب والحشيش والتبن بحديث النبي ﷺ : " الناس شركاء في ثلاث : الكلاً والماء والنار " والكلاً هو الحشيش وقاسوا الحطب عليه^(٣).

- المذهب الثالث: يرى أن الزكاة واجبة في كل ما تخرجه الأرض مما ييس ويدخر من الأقوات والثمار:

- أما الأقوات: فكالحفطة والشعير والذرة والأرز والعدس والحمص واللوبيا.. وما أشبه ذلك.

- وأما الثمار : فكالتمر والزبيب والمشمش واللوز والفسطق والبنقدق.. وما أشبه ذلك.

(١) تبين الحقائق ٢٩٣/١، المغنى والشرح الكبير ٥٥٠/٢ .

(٢) تبين الحقائق ٢٩٢/١

(٣) مبدل السلام ٥٣٠/٢ .

أما ما لا يبيس وينخر فهو لازكا فيه سواء كان من الخضروات كالقثاء والخيار والبانجان واللفت والجزر، أو كان من الفاكهة كالخوخ والكمثرى والتفاح.. وما أشبه ذلك من الفواكه والخضرة، أو كان من المتاع كالقطن والكتان.

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد صاحباً "أبى حنيفة، وروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب^(١). قال أبو عبيد: وعليه الآثار كلها، وبه تعمل الأمة اليوم^(٢).

هذا، وللفقهاء أصحاب هذا المذهب تفصيل فى كتبهم، لا يخرج فى الجملة عما ذكرت.

فقد نص المالكية والشافعية على أن الزكاة تجب فى كل ما تخرجه الأرض مما ينخر ويقتات من النبات، ونص الحنابلة على أن الزكاة تجب فى كل ما تخرجه الأرض مما يبيس ويبقى مما يكال من النبات، وهم بذلك يتفقون مع المالكية والشافعية فى شرطى الإلخار والإقتيات، لأن النبات الذى يبيس يتخذ للاقتيات، وتزيد الحنابلة شرط الكيل، وهو شرط يختلف بالعرف، وحالياً يكال أو يوزن كل ما يخرج من الأرض .

ونص أبو يوسف ومحمد من الحنيفة على أن الزكاة تجب فى كل ما تخرجه الأرض مما ينخر بطبعه ويبقى سنة بلا معالجة كثيرة.

(١) تبیین الحقائق ٢٩٢/١، مجمع الأنهر ٢١٥/١، حاشية ابن عابدين ٥٠/٢، بداية المجتهد ٢٥٣/١، كفاية الطالب الربانى لابن خلف المصير المالکى ٢٨٩/١ مطبعة محمد على صبيح، المذهب ١٥٦/١، المعنى والشرح للكبير ٢٤٩/٢، الأموال ص ٥٠٠ وما بعدهما.

(٢) الأموال ص ٥٠١ رقم ١٥١٦.

والمأمل فيما نص عليه هؤلاء الفقهاء لا يرى اختلافاً حقيقياً بينهم، وانحصر الخلاف في التطبيقات؛ ولذلك قال ابن رشد: الذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في أشياء من قبل اختلافهم منها، هل هي مقتاتة أم ليست بمقتاتة؟ وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس؟^(١).

دليل مذهب الجمهور:

استدل الجمهور على مذهبهم من وجوب الزكاة في كل ما يخرج من الأرض مما يبس ويدخر من الأقوات والثمار، وعدم وجوبها في غير ذلك من الخضروات بالسنة والمعقول. أولاً: دليل الجمهور على وجوب الزكاة فيما يدخروا مقتات من النباتات:

• استدل الجمهور على ذلك بالسنة والمعقول:
(أ) أما الدليل في السنة فمنه:

١. حديث أبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل، حين بعثهما النبي ﷺ إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم، قال لهما: "لا تأخذوا في الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر".

وحديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: "الزكاة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب"، وفي رواية ابن ماجه بزيادة (والذرة).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نص على هذه الأصناف الأربعة، وهذه الأصناف بمثابة الأجناس يدخل تحتها أنواع تشبهها، فالأمر لا يتعلق بعين هذه الأربعة، وإنما يتعلق بالعلة

(١) بدلية المجتهد ٢٥٣/١.

فيها، وهي الاقتنيات والادخار من الزروع والثمار، فالشعير والحنطة رمز للمزروعات المدخرة للأقوات، والزبيب والتمر للثمار المدخرة للأقوات.

٢- حديث أبي سعيد الخدري^(١)، أن النبي ﷺ قال: (ليس فما دون خمسة أو ساق من تمر ولا حب صدقة).
وقول النبي ﷺ لمعاذ: (خذ الحب من الحب).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نص على وجوب الزكاة في جميع ما تناوله لفظ الحب، ولو لم يكن منصوباً عليه.

(ب) أما دليل المعقول فهو:

أن كل ما يدخر ويقتات من النبات يقصد بزراعته نماء الأرض واستثمارها دون كبير نفقة، لأن ما يدخر بطبعة بلا معالجة كثيرة، وكان ما يقتات أى يكثر الطلب عليه يحقق نماء كبيراً، ناسب أن تتدخله المواساة بالزكاة كالشعير والحنطة والزبيب والتمر.

ثانياً : دليل الجمهور على عدم وجوب الزكاة في الفاكهة والخضروات:

استدل الجمهور على عدم وجوب الزكاة فيما لا يدخر ولا يقتات من النبات كالفاكهة والخضروات، من السنة والمأثور والمعقول:

(أ) وأما دليل السنة فمنه:

١- حديث أنس بن مالك، أن النبي ﷺ قال: (ليس في الخضروات صدقة). أخرجه الدار قطني، وضعف أحد

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٤٤/٣، ومسلم في صحيحه ٦٧٤/٢ ط الحلي، بلوغ المرام مع سبل السلام ٥٢٧/٢.

رواته^(١)، كما أخرجه البيهقي بعدة طرق، وقال: هذه الأحاديث كلها مراسيل، إلا أنها من طرق مختلفة، فبعضها يؤكد بعضها^(٢). وقال ابن حجر: حديث (ليس في الخضروات صدقه)، أخرجه الدارقطني مرفوعاً عن طريق موسى بن طلحة ومعاذ، وقول الترمذي لم يصح رفعه إنما هو مرسل من حديث موسى بن طلحة عن النبي ﷺ فموسى بن طلحة تابعي عدل يلزم من يقبل المراسيل قبول ما أرسله، وقد ثبت عن علي وعمر موقوفاً وله حكم الرفع^(٣).

ووجه الدلالة: صريح في نص الحديث الشريف؛ بأنه لا زكاة في الخضروات.

٢- حديث عائشة، أنه النبي ﷺ قال: (ليس فيما أنبتت الأرض من الخضر صدقه)، أخرجه الدارقطني^(٤). ووجه الاستدلال كسابقه.

٣- حديث معاذ، أنه كتب إلى النبي ﷺ، يسأله عن الخضروات وهي البقول؟ فقال: (ليس فيها شيء).

أخرجه الترمذي، وقال: يرويه الحسن بن عمار، وهو ضعيف، والصحيح أنه عن موسى بن طلحة عن النبي ﷺ مرسل. وقال موسى بن طلحة: جاء الأثر عن رسول الله ﷺ في خمسة أشياء: الشعير والحنطة والسمك والزبيب والتمر، وما سوى ذلك مما أخرجت الأرض لا عشر فيه. وقال: إن معاذ لم يأخذ من الخضر صدقة^(٥).

(١) كما أخرجه الدارقطني عن علي وعن موسى بن طلحة عن أبيه، سنن الدارقطني ٩٦/٢ ط دار المحاسن.

(٢) السنن الكبرى ٤/ ١٢٩ ط دار المعارف العشائية

(٣) مبدل السلام، الصنعاني ٥٣١/٢ .

(٤) سنن الدارقطني ٩٧/٢ .

(٥) المعنى والشرح الكبير ٥١١/٢ - والسمك: نوع من الشعير.

وأخرج أبو عبيد بسنده عن عطائين سلت، قال: أراد المغيرة بن عبد الله أن يأخذ من أرض موسى ابن طلحة الصدقة من الخضروات. فقال له موسى: ليس ذلك لك، إن رسول الله ﷺ قد نهى عن الخضروات^(١).

ورواه يحيى بن آدم في كتاب الخراج عن عطاء بن السائب، أراد موسى بن مغيرة أن يأخذ من خضر أرض موسى بن طلحة، فقال له موسى بن طلحة: إنه ليس في الخضر شيء. ورواه عن رسول الله ﷺ قال: "فكتبوا إلى الحجاج بذلك، فكتب الحجاج: أن موسى ابن طلحة أعلم من موسى بن المغيرة"^(٢).

وأخرج الدار قطنى عن معاذ^(٣)، أن النبى ﷺ قال له حين بعثه إلى اليمن: "لا تأخذوا فى الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر". قال معاذ: فأما القثاء والبطيخ والرمان والقصب فقد عفا عنه رسول الله ﷺ.

قال ابن حجر عن هذه الزيادة: فيها ضعف وانقطاع إلا أن معناه قد أفاده قد أفاده الحصر فى الأربعة أشياء المذكورة فى الحديث^(٤).

ووجه الدلالة من هذا الحديث: صريح فى نفى النبى ﷺ، الزكاة عن الخضروات عندما سأله معاذ عنها، والخضروات هى البقول^(٥).

(١) الأموال من ٥٠٠ رقم ١٥٠٦.

(٢) تحقيق محمد خليل هرا على كتاب الأموال من ٥٠٠ هامش (٢).

(٣) سنن الدار قطنى ٩٩/٢

(٤) سبل السلام ٥٣١/٢.

(٥) المغنى والشرح الكبير ٥١١/٢ - وفى المعجم: البقل: نبات عشبي يتفدى الإنسان به أو بجزء منه مثل وبقل المرعى: أخضر، وبقل وجه الغلام: نبات شعره - المعجم الوجيز ص ٥٨.

(ب) وأما دليل المأثور :

فما روى عن كثير من الصحابة والسلف الصالح؛
القول بعدم وجوب الزكاة في الخضروات، وهم لا يقولون ذلك إلا
عن توقيف، مع حسن الظن بهم واشتغال تلك المسألة، ومن ذلك
ما يلي:-

- ١- عن عمرو بن شعيب عن أبيه محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، أن عبد الله سئل عن نبات الأرض: البقل والقثاء والخيار؟ فقال: ليس في البقل زكاة^(١).
- ٢- عن مجاهد، قال: قال عمر بن الخطاب: ليس في الخضروات صدقة^(٢).

وروى أن سفيان بن عبد الله الثقفي، وكان عاملاً لعمر على الطائف، أن رأى حيطاناً فيها من الفرسك (الخوخ) والزمان ما هو أكثر من غلة الكروم أضعافاً، فكتب يستأمر في العشر؟ فكتب إليه عمر: أن ليس عليها العشر، وقال: هي من العفاة كلها وليس فيها عشر^(٣).

- ٣- عن أبي إسحاق قال: قال علي بن أبي طالب: ليس في التفاح وما أشبهه صدقة^(٤).

٤- عن مجاهد، قال: ليس في الفواكه والخضر صدقة، وذكر هذا لإبراهيم النخعي فعرفه ولم يعبه^(٥).

- ٥- عن الشعبي، قال: ليس في غلة الصيف صدقة^(٦).

(١) منن لدار قطنى ٩٨/٢، سبل السلام ٥٣٠/٢.

(٢) الأموال من ٥٠٠ رقم ١٥٠٧

(٣) قال ابن قدامة رواه الأثرم بإسناده- للمغنى والشرح للكبير ٥٥١/٢، وذكره صاحب

شرح المنهاج ١٦/٢، شرح منتهى الإبرات ٣٨٨/١.

(٤) الأموال من ٥٠٠ رقم ١٥٠٨.

(٥) الأموال من ٥٠٠ رقم ١٥٠٩.

(٦) الأموال من ٥٠٠ رقم ١٥١٢- وغلة الصيف أى فاكهة الصيف.

- ٥- عن الشعبي، قال: ليس في غلة الصيف صدقة ^(١) .
- ٦- عن ميمون ابن مهران ، وقد سئل عن الخضر؟ فقال ليس فيها زكاة حتى تباع، فإذا بيعت فبلغت مائتي درهم فإن فيها خمسة دراهم ^(٢) .
- ٧- وعن ابن شهاب قال: ما كان من الفواكه والخضر فإنما صدقتها في أثمان حين تباع صدقه الذهب والورق ^(٣) .
- قال أبو عبيد: والزكاة لا تجب في أثمان الفواكه والخضر حتى يحول عليها الحول، إذ لا يمكن أن يقال غير هذا، إذ كيف تجب الصدقة في الفرع وهي ساقطة عن الأصل، وإنما الفروع مبينة على الأصول تابعة لها؟ وهل الخضر، إذا كانت لا تجب فيها صدقة بأعيانها، إلا كالعروض والرقيق التي لا صدقة في شخوصها؟ ^(٤) .

(جـ) وأما دليل المعقول :-

فهو أن نتاج الأرض من الفاكهة والخضروات لا يدخر بطبعة، بل يحتاج إلى مونة في حفظه، فكثيرا ما يتساهل أصحاب أرضه في بيعه بالرخص خوفا من الفساد أو تحمل عبء الحفظ، خاصة وأن الطلب عليه بطيء مع سرعة فساده، وهذا بخلاف النتاج الذي يدخر بطبعة ويقتات .

المنافشة والترجيح:

المتأمل في دليل المذهب الأول، مما روى عن الإمام أحمد ومن وافقه، يلحظ أنهم وقفوا عند لفظ الحديث: (الزكاة في هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر)،

(١) الأموال من ٥٠٠ رقم ١٥١٢- وغلة الصيف أى فاكهة الصيف.

(٢) الأموال من ٥٠٢ رقم ١٥٢٢.

(٣) الأموال من ٥٠٢ رقم ١٥٢٣.

(٤) الأموال من ٥٠٢ رقم ١٥٢٤ .

وقالوا: إن غيرها ليسفي معناها في غلبة الاقتنيات وكثرة نفعها، وفي هذا إلغاء لاعتبار الأقوات عندكثير منأهل الأرض كالأرز والذرة والشمش المجفف وغيره مما يعرفه الناس.

وما ذكره الحديث مقصودا بعينه، وإنما ذكره الرسول ﷺ على سبيل المثال، ليقاس عليه ما يشبهه مما يدخر ويقتات.

والمتمأمل في دليل المذهب الثاني (مذهب ابي حنيفة

والهادوي) يلحظ أمرين:-

الأول: أنه لم يأخذ بحديث (ليس في الخضروات صدقة) الذي روى أنس وعائشة ومعاذ مرفوعا، كما روى مرسلا عن موسى بن طلحة، وقد روى من بعض طرقه بسند صحيح حتى قال البيهقي: كل طريقه مراسيل إلا أنه من طرق مختلفة يؤكد بعضها.

وقال ابن حجر: هو حديث مرسل عن موسى بن طلحة عن النبي ﷺ، وموسى بن طلحة تابعي عدل يلزم من يقبل المراسيل قبول ما أرسله.

أقول: والحنيفة هم الذين يحتجون بالمراسيل؛ فكان عليهم العمل بهذا الحديث، خاصة وأنه ثبت موقوفا على عمر بن الخطاب وعلى، وله حكم الرفع.

الثاني: أنه استدلل بعموم الآية: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾، والآية لم يرد بها الزكاة لأنها مكية، والزكاة إنما فرضت في المدينة. وقال مجاهد وأبو جعفر: هذه الآية منسوخة^(١).

-وبناء على ماسبق يتضح لنا بجلاء رجحان ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء الذين قالوا بوجوب الزكاة في كل نتاج الأرض مما يدخر ويقتات، وعدم وجوبها في الفواكه والخضروات، لقوة حجتهم وضعف أدلة المخالفين بعد مناقشتها. خاصة وأن الفواكه والخضروات لا يمكن حفظها من غير مؤنة، وإذا باعها صاحبها كانت أو عروضاً للتجارة، ويجب فيهما الزكاة بشروطها.

(١) المعنى والشرح للكبير ٢/ ٥٥٣.

حكم زكاة الزيتون:

لا زكاة في نتاج الأرض من الزيتون على مذهب من قصر وجوب الزكاة في الأصناف الأربعة المجمع عليها. وتجب الزكاة في نتاج الأرض من الزيتون على مذهب أبي حنيفة والهادوية الذين رأوا وجوب الزكاة في كل ما تنبته الأرض مما يقصد نماؤه.

أما على مذهب الجمهور؛ الذين رأوا أنه لا زكاة إلا فيما يقات ويدخر من النبات، فقد ثار الخلاف حول تكيف الزيتون، هل هو ما يقات فتجب فيه الزكاة أم ليس مقتاتاً فلا تجب فيه الزكاة؟ قولان:

القول الأول:

يرى وجوب الزكاة في الزيتون إما في ثمرته وإما في زيتته، وهو المشهور في مذهب مالك، والقديم عن الشافعي، ورواية عن الإمام أحمد، وهو قول الزهري والأوزاعي والليثي والثوري وأبي ثور، وروى عن ابن عباس^(١). وحجتهم من الكتاب والمأثور والمعقول.

(أ) أما دليل الكتاب :

فقوله تعالى: ^(٢) ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ بعد قوله:

﴿وَالزَّيْتُونَ وَالرِّمَانُ﴾.

(ب) وأما دليل المأثور :

فما روى عن بعض السلف القول بوجوب الزكاة فيه، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف، ومن ذلك المأثور :
١. عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب أخذ من الزيتون الصدقة من كل خمسة أوسق من زنته من عشرة أمداد مدياً^(٣).

(١) بداية المجتهد ٢٥٤/١، كفاية الطالب الرباني ٢٩١/١، للمذهب ١٥٣/١، المغنى والشرح الكبير ٥٥٣/٢، الأموال ص ٤٩٩ باب الزكاة في الزيتون .

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤١.

(٣) الأموال ص ٤٩٩ رقم ١٥٠٢، للمذهب ١٥٣١/١.

وروى ابن أبي شيبة عن رجاء بن أبي سلمة، قال: سألت يزيد بن يزيد بن جابر عن الزيتون؟ فقال: عشره عمر بن الخطاب بالشام^(١).

٢- عن ابن عباس، قال: الصدقة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسلت والزيتون^(٢).

٣- عن ابن شهاب أنه سئل عن رجل له زيتون؟ وما كان يسقى بالرشا ففيه نصف العشور^(٣).

(ج) وأما دليل المعقول:

فهو أن الزيتون يمكن ادخار غلته فأشبهه للتمر والزبيب^(٤).
القول الثاني :

يرى عدم وجوب الزكاة في الزيتون ولا في زيتته، وهو قول ابن وهب من المالكية^(٥)، والمذهب الجديد للشافعي، والرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهو قول ابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، واختاره أبو عبيد^(٦).

واحتجوا بأن الزيتون لا يخرابسا كما أنه ليس بقوت، فلا تجب فيه الزكاة كالخضروات^(٧).

قال أبو عبيد: لا صدقة في الزيتون عندي لأنه أشبه بالخضروات لأنه رطب يفسد ويتغير، وهو يشبه السمسم لأنهما جميعا (الزيتون والسمسم) تؤكل ثمرتهما، ويؤتلم بعصيرهما،

(١) تحقيق محمد خليل هراس على الأموال من ٤٩٩ هامش^(١)

(٢) الأموال من ٤٩٩ رقم ١٥٠١- قال الحافظ ابن حجر في التلخيص: ضعفه النووي وقد أخرجه ابن أبي شيبة وفي إسناده إيث بن أبي سالم- تحقيق محمد خليل هراس على الأموال- المرجع السابق هامش^(١)، والسلت: نوع من الشعير.

(٣) الأموال من ٤٩٩ رقم ١٥٠٣ .

(٤) المغني والشرح الكبير ٥٥٣/٢.

(٥) قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح على أصل المذهب لأنه ليس بمقتات- والمشهور خلافه- كفاية الطالب الرباني ٢٩١/١.

(٦) المذهب ١٥٣/١، المغني والشرح الكبير ٥٥٣/٢، الأموال من ٥٠٣ رقم ١٥٢٥ .

(٧) المذهب، المغني- المرجعين السابقين.

وقد بعث رسول الله ﷺ معاذاً إلى اليمن - وهو ممعدن للسمسم - فلم يبلغنا أنه أمره في حبه ولا دهنه بشيء، وكذلك الزيت لم يأتنا عنه ﷺ أنه أوجب فيه شيئاً، وقد كان يعرفه ويستحبه في طعامه ويأمر بالادهان به فيما يروى عنه، وقد نزل ذكره في القرآن الكريم، لم يسن فيه رسول الله ﷺ سنة علمناها، ولا ذكره في شيء من كتب صدقاته حين ذكر الثمار وعشور الأرضين. ثم قال أبو عبيد: ولم يصح مع هذا عن أحد من الأئمة في الزيتون شيء .

وأما الحديث الذي ذكرناه عن عمر بن عياش عن أبي إسحاق لا نراه محفوظاً، لأن الليث يحدثه عن عقيل عن ابن شهاب موقوفاً عليه، ولا يرفعه إلى عمر، ولو كان أيضاً محفوظاً ما كان أيضاً يثبت، لأنه مرسل عن ابن شهاب عن عمر . وأما قول عباس فهو وإن كان أمثل إسناداً من ذلك فإن فيه مقالاً^(١).

♦ **والرأج:** هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من الشافعية ومن وافقهم القائلون بعدم وجوب الزكاة في الزيتون ولا في زيتته، لما ذكره أبو عبيد من حجة بالغة. وأيضاً فإن الزيتون لا يقتات وإن أمكن ادخاره، وعدم اقتيائه يجعله بطيء التصرف، ومعالجته لإخراج زيتته فيه مؤونة التصنيع مما يعفيه من الزكاة كالعوامل من بهيمة الأنعام.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين
والحمد لله رب العالمين،،،،

(١) الأموال ص ٥٠٣، ٥٠٤ رقم ١٥٢٥ - ١٥٢٩ - وحديث الزيت رواه ابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً (كلوا للزيت واهنوا به، فإنه مبارك) ورواه الترمذى من حديث عمر وفيه (فإنه من شجرة مباركة) رواه أحمد والترمذى والحاكم عن أبي أسيد - تحقيق محمد خليل هراس على الأموال ص (٥٠٣) هامش^(١).



كلية الشريعة والقانون

مراعاة المجتهد الخلاف

إعداد
أ.د. حمدي صبحي طام

أ.د. / حمدي صبحي طام

أستاذ أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله

مراعاة المجتهد الخلاف

مراعاة الخلاف قاعدة مهمة ينبغي ألا يهملها
المجتهد. وسوف نتحدث عنها في فصلين.
الفصل الأول: الاختلاف، نشأته وأسبابه

كان الناس قبل الإسلام يعيشون في ظلمة حالكة، إذ قد
عمتهم الجهالة وشاعت بينهم الضلالة، ثم أذن الله - تعالى -
لهذا الليل أن يصبح، فكان إسفار صبحه من غار حراء.
وأرسل الله - ﷺ - محمداً - ﷺ - بخاتم شرائعه لا
إلى قوم مخصوصين، كما أرسل من قبل إخوانه من المرسلين
بل أرسله - ﷺ - إلى كل العالمين، قال تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا
رحمة للعالمين﴾^(١)، وقال: ﴿قل يا أيها الناس إني رسول الله
إليكُم جميعاً﴾^(٢)، كما قال: ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس
بشيراً ونذيراً﴾^(٣).

فأمن به من هدى الله والتزموا بما جاءهم به يفعلون ما
أمر به ويجتنبون ما نهى عنه.

وكان مرجعهم الذي يرجعون إليه لمعرفة الأحكام
الشرعية وما عليهم أن يفعلوا وما ينبغي أن يتركوا في عهد
النبي - ﷺ - هو الوحي المتمثل في كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل
من بين يديه ولا من خلفه ومنه نبيه - ﷺ - وكتاب الله - ﷺ - قد

(١) سورة الأعراف: آية ١٥٨.

(٢) سورة مائدة: آية ٢٨.

(٣) سورة إبراهيم: آية ٤.

أنزل بلغتهم، ونزل الكثير منه لأسباب عرفوها وقصص ووقائع عاينوها وشاهدوها، ففهموا نصوصه فهما سيدياً، وعرفوا منطوقه ومفهومه ودلالاته وإشاراته معرفة صحيحة.

وأحاديث النبي - ﷺ - التي هي معظم سنته كانت أيضاً بلغتهم يعرفون معناها ومنطوقها وفحواها، قال تعالى: "وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم".

وأفعاله - ﷺ - وتقريراته التي هي أيضاً جزء من سنته قد عاينوها وشاهدوها، ففهموا المقصد منها والمراد فهما لا لبس فيه ولا اشتباه، ثم إن أفعاله - ﷺ - التشريعية قد تكررت أمامهم فعرفوها وحفظوها، بل ومارسوها ممارسة عملية أمدتها في أذهانهم ووثقتها وضبطتها.

ولذلك لم يكن هناك مجال للاختلاف في الأحكام، ولئن حدث شيء من الخلاف بين بعضهم في أمر ليس فيه نص حال كونهم بعيدين عن النبي - ﷺ - بسبب السفر أو نحوه فسرعان ما ينتهي هذا الاختلاف بسؤالهم النبي لحظة التقائهم به - ﷺ -.

وذلك كما في قصة الرجلين اللذين خرجا في سفر فحضر الصلاة وليس معهما ماء فتيما وصليا ثم وجدا الماء في الوقت فتوضأ أحدهما وأعاد الصلاة ولم يعد الثاني فلما أتيا رسول الله - ﷺ - ذكرا ذلك له، فقال للثاني: أصبت السنة وأجزأتك صلاتك، وقال للأول: لك الأجر مرتين^(١).

وبهذا بين النبي - ﷺ - المصيب منهما، وفي نفس الوقت قدر العاطفة الإيمانية الصادقة التي دفعت الأول إلى أن يعيد صلاته، فبين أنه مأجور على صلاته الثانية.

فلما انقضى عهد النبوة ظهر بعض الاختلاف بين الصحابة - ﷺ - لكن كثيراً من صور هذا الاختلاف كان خلافاً في أولى

(١) رواه النسائي ولجو داود - نزل الأوطار ص ٢٦٥.

الأمرين وأكثرهما فضلاً ولم يكن اختلافاً في المشروعية وعدمها، وسبب ذلك أن هناك أموراً شرعية لم يفعلها النبي ﷺ - جهر بها أحياناً وأخفاها أحياناً أخرى في الصلاة الجهرية بدليل أن من الصحابة من رَووا جهره به ومنهم من رَووا إخفاء إياها - ﷺ -، ولا كذب فيما رَواه هؤلاء ولا فيما رَواه أولئك، ومن ثم وقع اختلاف الصحابة من بعده صلى الله عليه وسلم في الأفضل من الأمرين: الاظهار أم الأسرار.

ومن أمثلة هذا الاختلاف كذلك اختلافهم ﷺ في تكبيرات العيدين وتشهد ابن عباس وابن مسعود - ﷺ .

ثم جددت مسائل لم يرد فيها نصوص فاجتهد فقهاء الصحابة لمعرفة أحكامها الشرعية فظهر اختلاف من نوع آخر، لكنه في عهد الشيخين أبي بكر وعمر - ﷺ - كان قليلاً للغاية؛ لأن الصحابة - ﷺ - كانوا بالمدينة لم ينفرقوا في الأمصار فكان كل من أبي بكر وعمر - ﷺ - يجمعهم ويستشيرهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء كان هو الحكم الذي يتم العلم ببله والسير على وفقه.

وبعد عهد الشيخين وبتوسع الدولة الإسلامية ومضى الزمان ظهرت وقائع أخرى كثيرة ليس فيها نص من كتاب أو سنة ويريد الناس معرفة أحكام الله - تعالى - فيها، فكثر اجتهد الفقهاء لاستنباط أحكام تلك الوقائع، وكانوا موقنين بتوفيق الله وهدايته، ولم يخالفهم شك في أن شريعة الله تعالى بها حكم لكل ما يقع ويجد وإن احتاج استنباطه إلى جهد وعمق فكر.

وذلك لأن شريعة الإسلام التي أتى بها محمد - ﷺ - هي الشريعة الخاتمة والعامّة، ومن خصائص الشريعة التي هي كذلك أن تكون متجددة لا يعترىها البلى صالحة لكل إنسان في كل

زمان وأى مكان لا ينالها جمود أو قصور، فيها حل لكل مشكلة وعلاج لكل داء.

ونظراً لعدم وجود نصوص تحكم تلك الوقائع ولكون الحكم عليها معتمداً على النظر والاجتهاد كان لاختلاف المجتهدين فيما توصلوا إليه بإجتهادهم من أحكام، فزادت مساحة الاختلاف. ومن الأسباب التي نشأ الاختلاف عنها أيضاً: أن الصحابة

- ﷺ - تفرقوا في الأمصار واستوطنوها، وكان عند بعضهم من الأحاديث والسنن ما ليس عند الآخرين، إذ أنهم - ﷺ - لم يكونوا متساوين في الاطلاع على سنة رسول الله - ﷺ - بل كانوا متفاوتين في ذلك، حيث سمع بعضهم مالم يسمعه الآخرون، وسمع الآخرون مالم يسمعه ذلك البعض، ولا أدل على ذلك من أن أبا بكر - ﷺ - وهو من هو يُسال في خلافته عن ميراث الجده فيقول لها مالك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله شيئاً، ثم يخبره المغيرة ابن شعبه ومحمد بن مسلمة أن لها في السنة المسمى اعطاه لها النبي - ﷺ - ^(١).

وكذلك عمر - ﷺ - فإنه لم يعلم أن النبي - ﷺ - ورث المرأة من دية زوجها بعد أن أخبره الضحاک بن سفيان أن النبي ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ^٢.

وأبو بكر وعمر كلاهما لم يعلما بالحديث الصحيح عن النبي - ﷺ - الذي يقول فيه: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله غلا الله وأن محمداً رسول الله وقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا دماءهم وأموالهم إلا بحق

(١) انظر: تنكرة الحفاظ للذهبي ط ٢، وتيسير التحرير ج ٣ ص ٨٢.

(٢) انظر: أصول المرخمي ج ١ ص ٢٨٧.

الإسلام وحسابهم على الله^(١)، وإنما الحديث الذي علماه لم يكن فيها: (ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة) ويدل على ذلك أن أبا بكر - ﷺ - قد استدل على صحة رأيه وضرورة قتالهم بالقياس وأن عمر - ﷺ - اعترض على أبي بكر في قتاله ما نعى الزكاة، ولو علم كلاهما بما في هذا الحديث الصحيح من زيادة عما حفظا ما استند أبو بكر إلى القياس وما اعترض عمر عليه.

وعلى بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود - ﷺ - ما علما أن النبي - ﷺ - قضى بمهر المثل لمن مات زوجها ولم يفرض لها مهراً حتى أخبر بذلك معقل بن يسار. ولم يكن المغيرة ومحمد والضحاك ومعقل أكثر ملازمة للنبي - ﷺ - من أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود - ﷺ - أجمعين.

ثم إن من لم يسمع من الصحابة شيئاً من رسول الله - ﷺ - كان لا يقبل ما لم يسمعه إلا إذا قامت قرينة واضحة على صدوره من النبي - صلى الله عليه وسلم.

فلما تفرق الصحابة - ﷺ - في الأمصار واستوطنوها تلقى أهل كل مصر ممن حضرهم من الصحابة ما سمعوه من رسول الله - ﷺ - أو تيقنوا صدوره عنه مما قد لا يوجد عند الآخرين منهم، فكان المزيد من الاختلاف في فهم النصوص بعد ثبوتها من أقوى الأسباب التي أدت إلى وقوع الاختلاف بين الأئمة والفقهاء.

ونذلك لأن الفهم عن الله - عز شأنه - وعن رسوله - ﷺ - قد يعروه اختلاف يرجع إلى الطبيعة الذهنية للمجتهد وقدرات وإمكانات الفهم لديه أو يرجع إلى كون أساليب

(١) متفق عليه. نيل الأوطار ج ١ ص ٢٨٧.

النصوص وصورها متسعة الدائرة من ناحية الأداء اللغوي الذي صيغت فيه، إذ قد يكون بعض ألفاظها مشتركا بين معان عديدة أو مجملا لم يتضح المراد منه أو نحو ذلك.

وقد وقع في عهد النبي - ﷺ - اختلاف في فهم بعض النصوص، وأقره النبي - ﷺ -، فقد روى أن النبي - ﷺ - لما رجع من غزوة الأحزاب نزل عليه جبريل واستعجله في الذهاب إلى بني قريظة، فقال رسول الله - ﷺ - لأصحابه: (لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة، فأدركتهم صلاة العصر في الطريق، فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيها - عملا منهم بظاهر النص - وقال بعضهم: بل نصلي، لم يرد رسول الله ذلك من) فلما ذكروا ذلك للنبي - ﷺ - أقرهم جميعاً، ولم يعنف أحداً منهم. ثم إن المجتهدين في استنباطهم أحكاماً لما جدّ من وقائع اعتمدوا على مصادر أخرى بجانب الكتاب والسنة يستنبطون منها تلك الأحكام نظراً لعدم ورود نصوص صريحة فيهما بحكم تلك المسائل.

لكنهم اختلفوا في حجية بعض هذه المصادر للأدلة التي قامت لدى كل واحد منهم، فبعضهم يعتبر قول الصحابي حجة، وبعضهم يخالفه في ذلك، وبعضهم يرى عمل أهل المدينة حجة، وبعضهم الآخر لا يرى ذلك، وبعضهم يرى أن الحجة في رواية الراوي لا في عمله، وبعضهم الآخر يرى الحجة في عمله دون روايته، ولا شك أن الاختلاف في المصادر يبعث اختلاف في الأحكام.

ثم إن التعارض قد وقع بين بعض الأخبار لأسباب عديدة، منها: إسقاط بعض الرواة شيئاً من الحديث، ومثال هذا: ما رواه قوم عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه سئل عن ليلة الجن فقال: ما

شهادها منا أحد، في حين أنه قد روى من طريق آخر أنه رأى قوماً فقال: هؤلاء أشبه من رأيت بالجن ليلة الجن، فالحديث الأول يدل على أنه لم يشهادها، والثاني على أنه شهادها، فكان التعارض، ومنشؤه أن من روى الخبر الأول اسقط منه كلمة (غيري) التي رواها غيره، إذ أن حقيقة هذا الخبر هي: ما شهادها منا أحد غيري^(١).

ومنها - من أسباب التعارض - سماع الراوى بعض الحديث وفواته سماع بعضه الآخر، فيحدث بما سمعه فقط، فيتغير المعنى المراد، ويتعارض الحديث مع حديث آخر.

ومثال هذا: ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - من أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: إن يكن الشؤم في ثلاث: (الدار والمرأة والفرس) فإنه يعارض ما روى من أحاديث النهي عن التطير، ومنشؤه التعارض أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال كما أخبرت السيدة عائشة - رضي الله عنها - : كان أهل الجاهلية يقولون: إن يكن الشؤم في ثلاث: (المرأة والدار والفرس)^(٢)، فنخل أبو هريرة فسمع آخر الحديث ولم يسمع أوله.

ومنها أنه كان يسن سنة في شيء فيحفظها من سمعها ويسن في شيء آخر يخالف هذا الأول في معنى ويجامعه في معنى آخر سنة أخرى فيحفظها غير الأول، فإذا روى كل منهما ما حفظ ظهرا كالمعارضين.

وعند التعارض لا بد من مخلص من هذا التعارض كالترجيح، وهو أمر جد دقيق يظهر فيه بجلاء اختلاف العقول وعمق الأنظار، إذ قد يهتدى فيه المجتهد إلى ملحظ لا يدركه

(١) انظر: صحيح مسلم ج ٢ ص ٣٦، ومسنّد أحمد ج ٢٩٨، ٤٤٩.

(٢) انظر: مسنّد أحمد ج ٥ ص ٣٣٥، وسنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٤٢.

غيره أو يقوى ظنه بشئ لا يقوى به الظن عند الآخرين، فيظهر بينهم الاختلاف.

تلك هي أهم الأسباب التي نشأت عنها الاختلافات الفقهية. وغنى عن البيان أن تلك الاختلافات لم تمس أصول العبادات، فتلك الأصول قد أتت من لدن الله - عز وجل - وبقيت إلى هذا اليوم كما كانت يوم جاءت، هي، ما عن النبي ﷺ - وصحابته الأولون - ﷺ - ربهم به وهو عن مانعبد الله - تعالى به اليوم، وليس مسموحاً لأى فكر بشرى أن يغير شيئاً منها أو يضيف عليها شيئاً بجهد أو يختصر منها شيئاً بفكره.

ومن هذا العرض يظهر لنا أن الاختلافات الفقهية ليست آراء شخصية لأصحابها مجردة عن الأصول الشرعية، بل هي بيان لأحكام الكتاب والسنة حسبما فهمها الأئمة بعد أن بذل كل واحد منهم جهده باحثاً فى العلم منزهاً ومخلصاً للحق مجرداً، والإثم محطوط عنهم جميعاً أصابوا أو أخطأوا، بل إن للمخطئ منهم أجراً كما أن للمصيب أجرين.

ويضاف إلى هذا أن المجتهدين الذين وقعت بينهم الاختلافات الفقهية كانوا جميعاً مؤمنين حق الإيمان واسعى العلم حسنى النية، وسعة العلم تلد رحابه الأفق وحسن النية يلد رحابه الصدر، والإيمان الحق يحتم على صاحبه المحافظة الدقيقة على وحدة الأمة وعدم تسرب الشقاق إلى صفوفها ما استطاع إلى ذلك سبيلاً. ولذا فإن كلا منهم قد أخذ بما وصل عليه اجتهاده، لكنه مع ذلك يحترم آراء واجتهادات الآخرين فلم ينظر أحد منهم إلى ما قال على أنه الحق وغيره الباطل، ولذا فإن الكل متفق على أن للعامة أن يقلدوا من سألوا من أهل العلم، ومن ثم كانت قاعدة مراعاة المجتهد الخلاف.

الفصل الثاني

مراعاة المجتهد الخلاف

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

الخلاف الذى يستحق المراعاة

ليس كل خلاف فى المسائل الشرعية يعتبر خلافاً، وإنما المعتبر منه هو الأقوال الصادرة عن أدلة معتبرة فى الشريعة قوية أو ضعفت.

أما الأقوال الناشئة من مجرد خفاء بعض الأدلة على المجتهد أو عدم اطلاعه عليها كالقول بحل المتعة وحل ربا الفضل وعدم وجوب الحد بوطء المرتن الأمة المرهونة وأشباه ذلك من المسائل التى خفيت فيها الأدلة على من خالف فيها فلا يصح اعتبارها خلافاً، لأنها لم تصدر فى الحقيقة عن اجتهد، وإن وقع من قائلها اجتهد فهو اجتهد وقف بصاحبه دون أقصى المبالغة فى البحث عن المنصوص فيها، فتلك الأقوال تشبه فى نسبتها إلى الشرع أقوال غير المجتهدين.

فكما لا تنسب أقوال غير المجتهدين إلى الشرع ولا تعتبر خلافاً لا تنسب تلك الأقوال أيضاً إلى الشرع ولا تعتبر خلافاً. ويدل على ذلك أن السلف الصالح لم يعتدوا بخلاف من خالف فى مسألة المتعة وربما الفضل ووجوب الحد فى وطء المرتن الأمة المرهونة.

ومعرفة للقوال الناشئة عن أدلة معتبرة فى الشرع من الأقوال الناشئة عن خفاء الدليل أو عدم الاطلاع عليه من مهام المجتهدين، فالاعتداد بالقول خلافاً أو طرحه رأساً محتاج

لاجتهاد وموازنته بين ما اعتمد عليه في اجتهاد وبين ما اعتمد المخالف من القياس أو غيره.

فالمجتهدون هم الذين يعلمون مائشاً من الأقوال عن دليل معتبر شرعاً وما نشأ منها عن خفاء الدليل أو عدم الاطلاع عليه، وكذلك فإن لغير المجتهدين من المتفقيين ضابطاً تقريبياً يساعدهم في معرفة ما يعتبر خلافاً من الأقوال وما لا يعتبر، وهو أن القول الذي لم ينفرد به قائله عن عامة الأمة بل قال به مجتهداً فريق خلافاً معتبراً، أما القول الذي تفرد به قائله عن عامة الأمة فلم يقل به أى مجتهد آخر فإنه لا يعتبر خلافاً.

أما غير المجتهدين والمتفقيين فلا دخل لهم في ذلك، إذ إنهم لا تمييز لهم في هذا المجال.

فليس كل خلاف يراعى، لأن مجرد الخلاف لا يكون شبهة تراعى- بل إن الذى يراعى هو المستند والدليل والمأخذ وقوته.

وعلى هذا فالمجتهد إما أن يقطع بإصابته الحق فى المسألة وإما أن لا يقطع بذلك، وهذا يكون بحسب الأدلة، فإن قطع بإصابته الحق فقد قطع بخطأ من خالفه، فلا يراعى خلافه بل يلزمه أن يمنعه من الفتوى به.

وإن لم يقطع بإصابته الحق بل كان يجوز خلاف الرأى الذى غلب على ظنه ونظر فى مستند خصمه وتمسكه فرأى له موقعاً استحباب له أن يراعى قول المخالف على وجه لا يؤدى إلى الإخلال بالقواعد الذى غلب على ظنه ونتج عن اجتهاده.

المبحث الثاني ثبوت مراعاة الخلاف

استحباب الخروج من الخلاف ليس ثابتاً به وردت تحت عليه، وإنما هو ثابت من جهة أنه ورع واحتياط واستبراء للدين وانتقاء للشبهات وجلب للمحبة والتأليف بين القلوب - عن طريق تقريب الخلاف وتقليله ما دام لرأى المخالف مستند ودليل - وكل ذلك مطلوب شرعاً ومستحب، فكل ما اندرج فيه أو أدى إليه كان فعله مطلوباً ومستحباً. فتلك المراعاة من دقيق النظر ومن باب الاحتياط والورع.

وقد جرت على ذلك الأمة من عصر الصحابة - رضى الله عنه - إلى عصر الأئمة المجتهدين ومن بعدهم، فهذا ابن مسعود يخالف عثمان حين أتم الصلاة بمنى لكنه صلى خلفه متماً. وراعى الإمام مالك الخلاف الذى إشتدت قوته، ومن ذلك قول المالكية:

أ- كل نكاح فاسد اختلف فيه يثبت به الميراث ويفتقر فى فسخه إلى الطلاق وذلك مراعاة لقول من قال بصحة هذا النكاح.
ب- من دخل الصلاة مع الإمام فى الركوع ونسى تكبيرة الإحرام لكنه كبر للركوع يستمر فى صلاته مع الإمام مراعاة لقول من قال: (إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام فى تلك الحالة).

وراعى الإمام الشافعى وأصحابه الخلاف فى مسائل شتى منها: قوله: (إذا مرض الإمام صلى قاعداً والناس قيام خلفه ولا افضل له أن يستخلف من يصلى بهم خروجاً من الخلاف).

وكان - هـ - يراعى الخلاف المشدد على نفسه دون غيره، ولذا فمع أنه رأى القصر على مرحلتين قال: (فأما أنا فأحب ألا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطياً لنفسى).

وراعى الإمام أحمد الخلاف ومن ذلك أنه كان يرى الوضوء من الرعاف والحجامه قليل له: (فإن كان الإمام قد خرج منه الدم ولم يتوضأ هل صلى خلفه؟ فقال: كيف لا أصلى خلف الإمام مالك وسعيد بن المسيب).

وراعى الحنفية الخلاف كذلك، ولذا تجد العلماء يحكون الإجماع على استحباب مراعاة الخلاف، جاء فى صحيح مسلم بشرح النووي قول الإمام النووي: (العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف)^(١).

ومما يؤكد هذا إجماعهم من قديم على صحة صلاة الشافعى خلف الحنفى وبالعكس رغم اختلافهم فى مسح الرأس وفى نقض الوضوء بلمس المرأة وغير ذلك.

فمراعاة الخلاف مستحبة لكن مراتب هذا الاستحباب متفاوتة بمعنى أن بعضها أقوى من بعض، ومرجح هذا التفاوت قوة دليل المخالف وضعفه وزيادة التعبد والاحتياط.

ومراعاة الخلاف تكون بفعل ما اختلف فى وجوبه وبترك ما اختلف فى تحريمه وكذلك بترك المختلف فى كراهية إذا لم يؤد ترك الأخير إلى المنع من عبادة، وسيأتى تفصيل كل ذلك.

(١) ج ٢ من ٢٢.

المبحث الثالث

حقيقة المراعاة وشروطها

هذه المراعاة ليست على إطلاقها بل إن لها شروطاً ثلاثة إن توفرت كانت المراعاة مستحبة وإلا فلا، وتلك الشروط هي:

١- ألا تؤدي المراعاة إلى الإخلال بسنة ثابتة، كما في ندب التسمية في قراءة الفاتحة في الصلاة عند من لم يقل بوجوبها خروجاً من خلاف من قال بوجوبها.

فإن أدت للمراعاة إلى الإخلال بسنة ثابتة لم تستحب، ولذا فقد قال العلماء بسن رفع اليدين في الصلاة عند التكبير - في مجال الرفع المعروفة - غير مراعين قول الحنفية بأن هذا الرفع مبطل للصلاة.

وذلك لأن هذا الرفع سنة ثابتة عن النبي - ﷺ - برواية ثلاثة وأربعين صحابياً.

٢- ألا تؤدي مراعاة الخلاف إلى الوقوع في خلاف آخر كما ترك من يعتقد حل لعب الشطرنج للعب به خروجاً من خلاف من قال بتحريم اللعب به.

٣- ألا تؤدي مراعاة الخلاف إلى الإخلال بالقول الغالب على ظن المجتهد والذي نشأ عن إجهاده، فمن قال بالإباحة إذا راعى من قال بالحرمة لا يقول بالمنع والحظر ونتج عن اتهاذه.

وقد أشار الإمام النووي إلى شرطين من تلك الشروط في قوله السابق ذكر جزء منه: (العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة أو وقوع في خلاف آخر).

هذا، ومراعاة الخلاف تكون بفعل ما اختلف في وجوبه وبترك ما اختلف في تحريمه ومن أمثلة الأول:

١- ندب التسمية في قراءة الفاتحة عند من لم يقل بوجوبها خروجاً من خلاف الشافعي القائل بوجوبها.

٢- ندب المضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة عند من لم يقل بوجوبها، وذلك مراعاة لقول الحنفية والحنابلة بوجوبهما فيه.

٣- ندبها - المضمضة والاستنشاق - في الوضوء عند غير الحنابلة وذلك مراعاة لقول الحنابلة بوجوبها فيه.

٤- استحب الشافعية للقارن أن يأتي بطوافين وسعيين مراعاة لقول الحنفية بوجوب ذلك.

٥- يستحب ذلك في الطهارة وتعميم الرأس بالمسح في الوضوء وغسل المتى بالماء عند من لا يوجبون ذلك مراعاة منهم لقول من أوجبه.

٦- يستحب ترتيب الفوائت من الصلوات عند من لا يوجبون ذلك مراعاة منهم لقول من يوجبه.
ومن أمثلة الثاني:

١- ترك من يعتقد حل لعب الشطرنج اللعب به خروجاً من خلاف من قال بتحريم اللعب به.

٢- قول الإمام مالك بكراهة ما رأى إباحة أكله من الحيوانات وحرمة غير ذلك للخروج من الخلاف.

٣- ترك من يطوف بالبيت المحرم المرور على الشاذروان وأن عند من لا يرى ذلك مبطلا للطواف وذلك مراعاة لقول الشافعي بمنع ذلك وأنه يبطل الطواف.

٤- ترك صلاة الأداء خلف القضاء وعكسه عند من لا يمنع ذلك مراعاة لقول من منعه.

٥- اختلف العلماء في استقبال القبلة واستدبارها مع السائر - عند قضاء الحاجة - فمنهم من أجاز ومنهم من منع، فمن قالوا بالجواز قالوا بكراهة كل من الاستقبال والاستدبار وذلك مراعاة منهم لخلاف من قال بتحريمها.

٦- اختلف العلماء في مفارقة المأموم الإمام بدون عذر فمنهم من أجازها ومنهم من منعها، ومن أجازوها قالوا بكراهتها مراعاة لقول من منعها.

٧- رأى المالكية للوضوء بالماء المستعمل إذا لم يوجد غيره، ومنع ذلك الحنفية والشافعية في الجديد والإمام أحمد كما هو ظاهر الرواية عنه، فراعى المالكية هذا الخلاف فقالوا بكراهة للوضوء به.

فمراعاة الخلاف في المختلف في وجوبه تكون بفعله لا بتركه، ومراعاة الخلاف في المختلف في تحريمه تكون بتركه لا بفعله، فليس ترك ما اختلف في وجوبه من مراعاة الخلاف، وكذلك فإن فعل ما اختلف في تحريمه ليس من مراعاة الخلاف. أما ما اختلف في كراهته فإن مراعاة الخلاف فيه تكون بتركه إذا لم يؤد الترك إلى المنع من عباده، فإن أدى إلى ذلك لم يراع خلاف من قال بالكراهة، فالإمام الشافعي لا يكره عنده تكرار العمرة في السنة الواحدة، لكن المالكية قالوا بتلك الكراهة وقال بها أيضاً الحنفية في أشهر الحج للمقيم بمكة، فلا يستحب عند الشافعية الامتناع عن تكرار العمرة في السنة الواحدة مراعاة لقول المالكية، كما لا يستحب عندهم أيضاً للمقيم بمكة أن يتمتع عن أداء العمرة مراعاة لقول الحنفية، وذلك لما في هذه المراعاة وتلك من ترك عبادة هي العمرة.

ومن مراعاة الخلاف أيضاً أنه إذا وقع ممنوع شرعى في نظر المجتهد قد خالفه غير من المجتهدين في منعه كان عليه أن يراعى دليل صحته وإن كان مرجوحاً في نظره فلا يفرع على البطلان المرجح في نظره، بل يعول على القول المرجوح في نظره، وذلك لأن المكلف حيث أوقعه كان للدليل وإن كان مرجوحاً في مظهر المجتهد الذي منع.

ولذلك فإنك تجد من يقول بفساد النكاح بلا ولى يقول باستحقاق المرأة المهر والميراث إذا تزوجت بدون ولى، ويثبت بزواجها هذا حرمة المصاهرة، ويحتاج في فسخه إلى الطلاق. وتجد أيضاً أن النكاح المختلف فيه إذا علمنا به بعد الدخول لا نفرق بين الزوجين مراعاة للخلاف وقول من قال بصحته.

وكذلك فمن مراعاة الخلاف: (أن المختلف في حظر فعله لا يجب انكاره على من فعله لأنه وإن كان المصيب واحداً فإن المخطئ غير متعين لنا والإثم مرفوع عنه، قال - ❶ -: من اجتهد فاصاب فله أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر).
فما صار عليه إمام وله وجه ما في الشرع لا يجوز لمن رأى خلافه أن ينكره.

فمراعاة الخلاف تعنى ما سبق أن بيناه ويندرج فيها ما سبق أن ذكرناه.

لكن الأمور الثلاثة التالية لا تدرج فيها وليست مقصودة بها:
١- مراعاة الخلاف لا تعنى أن نعتمد في القول بجواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين العلماء وأن نعتبر الخلاف في المسائل من حجج وأدلة الإباحية كأن يفتى مفت بمنع فعل فيقال له: لماذا تمنع والمسألة مختلف فيها؟

فيجعل مجرد كونها مختلفاً فيها حجة للقول بالجواز لا لدليل يدل على صحة قول من قال بالجواز، وهذا خطأ، لأن فيه جعل ما ليس حجة في الشريعة - وهو الخلاف - حجة فيها.

٢- مراعاة الخلاف لا تعنى أن يقول المفتى لمن استفتاه: في مسألتك قولان فاختر منهما ما شئت فأنت على كل حال عامل بقول عالم، ويعيب على من يقول له: اعرف القول المشهور أو الموافق للدليل أو الراجح عند أهل النظر والذي عليه أكثر المسلمين وافق الناس به، ويقول له: لقد حجرت واسعاً وأوقعت الناس في الحرج وما في الدين من حرج لقول الله عز وجل: ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ﴾، وأردت بالناس العسر، وقد أراد الله - تعالى - بهم اليسر فقال: ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾.

فهذا خطأ، وليس مراداً من مراعاة الخلاف التي نتحدث فيها، وذلك لأن التخيير بين القولين ليس قول أحد من العلماء، بل إن منهم من قال بالقول الأول فقط، ومنهم من قال بالقول الثاني فقط، فالتخيير بين القولين غير قوليهما، بل هو قول ثالث

خارج عن القولين، فلا يجوز القول به لمن لم يبلغ درجة الإجتهد وإن بلغها لم يصح منه القولان في وقت واحد وواقعة واحدة، لأنه يؤدي إلى التناقض.

جاء في المسودة^(١): (ومن أكتفى بأن يكون في فتواه أو عمله موافقاً لقول أو وجه في المسألة من غير نظر في الترجيح ولا تنقيح به فقد جهل وفرق الإجماع) وسئل اقماء مالك عن اختلاف أصحاب رسول الله - ﷺ - المراد بها: (أنهم اجتهدوا فاختلّفوا فكان اجتهدهم واختلافهم توسعة على من بعدهم من العلماء أن يعملوا عملهم فيجتهدوا ويختلفوا في استنباط الأحكام كما اختلف الصحابة، فليس المراد بالتوسعة أنه يسع العالم المجتهد أن يأخذ بقول أحدهم دون اجتهد ورجوع إلى الدليل.

٣-مراعاة الخلاف لا تعنى العمل بجميع الأقوال الواردة في المسألة؛ لأن هذا لا يكون عملاً بقول من خالف بل عملاً بما لم يقل به أحد، إذ لم يقل أحد بالجمع بين الأقوال.

ومثل هذا: أن الأئنين قد اختلف فيهما، فقال البعض: إنهما من الوجه فيغسلان معه، وقال بعض آخر: إنهما من الرأس فيمسحان معه، ورأى بعض ثالث أنهما عضوان مستقلان فيفردا بالغسل.

فمراعاة هذا الخلاف لا تكون بغسلهما مع الوجه ومسحهما مع الرأس وافرادهما بالغسل.

(١) ص ٤٧٩.

المبحث الرابع الرد على منكرى المراعاة

استشكل البعض كابن عبد البر والأبيارى استحباب الخروج من الخلاف، أما ابن عبد البر فمع أنه قال: لأصحابنا من رد بعضهم لقول بعض شئ لا يكاد يحصى كثرة، ولو نقصيته لقام منه كتاب كبير اكبر من كتابنا هذا - جامع بيان العلم وفضله - إلا أنه قال: إن الخلاف ليس حجة في الشريعة وإن الواجب عند الاختلاف أن تثبت ما يثبت الدليل ونبطل ما يبطله الدليل.

وقد رأى الشاطبي أن ما قاله ابن عبد البر ظاهر، لأن في مراعاة الخلاف جمعاً بين متناقضين.

ومن شبه هؤلاء أيضاً أن الاستحباب إنما يكون إذا وجدت سنة ثابتة، والأمة إذا اختلفت في فعل ما على قولين: قول بتحريمه وقول بإباحته، واحتاط المستبرئ لدينه فترك الفعل حذراً من ورطات الحرمة لا يكون فعله ذلك سنة؛ لأن الأئمة بين قائل بالإباحة وقائل بالتحريم أي بين قائل بأنه لا ثواب على فعله ولا عقاب على تركه وقائل بالعقاب على فعله.

فجعل ترك الفعل حذراً من ورطات الحرمة سنة يعنى أن الترك مثاب عليه مع عدم عقاب من لا يترك، وهذا لم يقل به أحد في المسألة، فمن أين صار سنة؟

لكن كل هذا الذي قالوه مجاب عنه:

فما قاله ابن عبد البر مجاب عنه: بأن مراعاة الخلاف لاتعنى جعل الخلاف حجة، كما أنها لا تعنى إثبات ما أبطله الدليل، وذلك لأن ترك المباح الذى رأى البعض تحريمه هو ترك لفعل ثبت بالدليل جواز فعله، وكذلك فعل المباح الذى رأى البعض وجوبه فهو فعل لما ثبت بالدليل جواز فعله، فأين إثبات ما أبطله الدليل؟

ومن هذا تعلم أن ما رآه البعض من أن مراعاة الخلاف جمع بين المتناقضين ليس صواباً.

أما آخر شبههم السابق ذكرها فجوابها ما سبق ذكره من أن مرجع استحباب مراعاة الخلاف ليس ثبوت سنة خاصة فيه، وإنما هو الاستبراء للدين والورع والاحتياط، وكلها مطلوبات شرعية.

فالحق ما عليه اتفاق علماء الأمة من استحباب مراعاة الخلاف.

وفى الختام أنبه إلى أنه بتلك المراعاة مرت الإختلافات الفقهية مرور الكرام لهم جميعاً.

فليت المسلمين اليوم يتنبهون فلا يسمحون للمغرضين والعابثين أن يستغلوا تلك الإختلافات التى لاتعدو أن تكون تفاوتاً للأنظار فى أمور يسيره ليقطعوا ما أمر الله به أن يوصل.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصل اللهم على سيدنا محمد النبى الأمى

وعلى آله وصحبه وسلم

أهم المراجع

- ١- الإنباه والنظائر للسيوطي.
- ٢- البحر المحيط للزركشي.
- ٣- القواعد الفقهية للندوي.
- ٤- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية.
- ٥- المسودة في اصول الفقه لآل تيمية.
- ٦- الموافقات للشاطبي.
- ٧- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر.
- ٨- شرح النووى لصحيح مسلم.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	الفصل الأول:.....
٩٢١	الإختلاف، نشأته وأسبابه.....
	الفصل الثاني:.....
٩٢٩	مراعاة المجتهد الخلاف.....
٩٢٩	المبحث الأول: الخلاف الذى يستحق المراعاة.....
٩٣١	المبحث الثانى: ثبوت مراعاة الخلاف.....
٩٣٣	المبحث الثالث: حقيقة المراعاة وشروطها.....
٩٣٨	المبحث الرابع: الرد على منكرى للمراعاة.....
٩٤٠	أهم المراجع:.....
٩٤١	فهرس الموضوعات:.....



كلية الشريعة والقانون

التأويل في اصطلاح الأصوليين وأثره في استنباط الأحكام الشرعية

إعجاز

أ.د. / محمد عبد العاطي محمد علي

أستاذ أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبي المصطفى الكريم، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وعمل بشريعته.

وبعد ...

فهذا بحث في التأويل في اصطلاح الأصوليين وأثره في استنباط الأحكام الشرعية، وهو من الموضوعات المهمة في علم أصول الفقه لما له من أثر ظاهر في تفسير النصوص واستنباط الأحكام، فقد أدى إلى وجود خلاف بين المجتهدين في مسالك هذا الاستنباط، ثم نتج عنه خلاف آخر في الفروع الفقهية.

ولذلك أردت أن اختصه ببحث أجمع فيه ما تستت من مسائل؛ وأوضح فيه ما خفي من هذه المسائل.

ورتيبه على أربعة فصول:

الفصل الأول: مدلول التأويل.

الفصل الثاني: مجال التأويل وشروطه.

الفصل الثالث: أنواع التأويل وآثار الاختلاف فيه.

الفصل الرابع: موقف الظاهرية من التأويل.

والله أسأل أن ينفع به كما نفع بأصوله ومراجعه، إنه نعم

المولى ونعم النصير.

أ.د/ محمد عبد العاطي محمد علي

الفصل الأول مدلول التأويل

التأويل في اللغة:

مأخوذ من الأول، وهو الرجوع يقال: آل إليه أولاً ومآلاً: رجع، فكأن النص إلى ما يحتمله من المعاني... ويرى بعض العلماء أن التأويل مرادف للتفسير حتى قالوا: أول الكلام تأويلاً وتأوله: بمعنى: دبره، وقدره، وفسره^(١).

هذا: ومن تتبع آثار السلف الصالح والعلماء الأولين كالإمام الشافعي والطبري وغيرهما، يجد أنهم كانوا يستعملون التأويل على ضوء معناه اللغوي، فإما تفسير وكشف لمعنى اللفظ، أو حمله على معنى من معاني يحتملها.

ومما يؤيد ذلك: ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في ركوعه وسجوده: سبحانك اللهم وبحمدك، اللهم اغفر لي، يتأول القرآن، تعنى قوله تعالى: ﴿ فسبح بحمد ربك واستغفره ﴾^(٢).

ومثل ذلك: ما حدث به الزهري أنه قال: قلت لعروة ما بال عائشة رضي الله عنها تتم في السفر - يعني الصلاة - قال: قلت تأولت كما تأول عثمان، أراد بتأويل عثمان، ما روى عنه أنه أتم بمكة في الحج، وذلك أنه نوى الإقامة بها^(٣).

وفي الرسالة للإمام الشافعي: أنه سمي الذهاب إلى أحد المعنيين في اللفظ المحتمل تأويلاً، ففي دفاعه عن حجية خبر الواحد، والعمل به، أبان أنه يجوز ترك الخبر إذا كان الحديث محتملاً معنيين فيتأول العالم، فيذهب إلى أحدهما دون الآخر^(٤).

(١) انظر: لسان العرب ج ١١ ص ٣٢ وما بعدها، ومعجم مقاييس اللغة ج ١ ص ١٥٩ وما بعدها، والمصباح المنير ج ١ ص ٣٩.

(٢) انظر: مباحث في علوم القرآن للقطان ص ٣٢٥.

(٣) انظر: النهاية لابن الأثير ج ١ ص ٥١ وتفسير التوضيح ص ٢٥١.

(٤) انظر: الرسالة للإمام الشافعي ص ٤٥٨، ٤٥٩.

وابن جرير الطبري يقول في تفسيره: القول في تأويل قوله تعالى كذا.. واختلف أهل التأويل في هذه الآية ويريد بذلك التفسير. وقال مجاهد: إن العلماء يعلمون تأويله (يعنى القرآن)^(١).

التأويل في الإصلاح:

وبعد أن اشتهر علم أصول الفقه، وأصبحت له قواعده المحددة بعد رسالة الإمام الشافعي - رحمه الله -، أصبح للتأويل معنى عند الأصوليين، هو أكثر تحديدا من ذي قبل وإن كان بينه وبين المعنى الأول صلة قرى، وميزوا بينه وبين التفسير، على اعتبار أن التفسير: تبين المراد من الكلام على سبيل القطع، والتأويل: تبين المراد منه على سبيل الظن^(٢).

وتعرض التأويل لتعريفات متعددة أذكر منها ما يلي:

- فعرّفه إمام الحرمين في البرهان: بأنه (رد الظاهر إلى ما إليه مآله في دعوى المؤول، وإنما يستعمل إذا علق بما يتلقى من الألفاظ منطوقا ومفهوما)^(٣).

- وعرّفه الغزالي في المستصفى بقوله: (التأويل: عبارة عن احتمال بعضه دليل، يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي يدل عليه الظاهر)^(٤).

- أما الأمدى فكعادته أتى بتعريف الإمام الغزالي ولم يصححه ثم قال: (والحق في ذلك أن يقال: أما التأويل من حيث هو تأويل مع قطع النظر عن الصحة والبطلان: فهو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر مع احتماله له. وأما التأويل المقبول الصحيح فهو: حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتماله بدليل بعضه)^(٥).

(١) انظر: التبيان في علوم القرآن للصابوني ص ٦٢.

(٢) انظر: للتوحيح مع التوضيح ج ١ ص ١٢٥.

(٣) انظر: البرهان ج ١ ص ٥١١.

(٤) انظر: للمستصفى ج ١ ص ٣٧٨.

(٥) انظر: الأحكام للأمدى ج ٣ ص ٤٩.

- وقريب من تعريف الآمدى، جاء تعريف ابن الحاجب فقال: (هو حمل للظاهر على المحتمل المرجوح، وإن أردت الصحيح زدت: بدليل يصيره راجحاً)^(١).

هذا : ومن نظر إلى التعريفات السابقة، يجد أنها متقاربة فى المعنى، غير أن بعضهم قصد تعريف التأويل الصحيح، فعرّفه على وجه يوجد معه الاعتضاد بالدليل كالإمام الغزالي، ولذا: فلا وجه لاعتراض الآمدى عليه بهذا... وبعضهم عرف التأويل من حيث هو تأويل، أى عرف التأويل المطلق، وإذا أراد التأويل الصحيح، كان عليه التقييد باعتضاد الإحتمال بالدليل، ومن هؤلاء الآمدى وابن الحاجب.

وقد اعترض الآمدى على تعريف الغزالي، بأنه قد جعل التأويل نفس الاحتمال الذى حمل عليه اللفظ، وهذا غير مستقيم، لأن التأويل نفس حمل اللفظ عليه، والاحتمال شرط له، إذ لا يصح حمل اللفظ على ما لا يحتمله، والفرق بينهما واضح^(٢).

ولذا نجد أن ابن قدامة المقدسى - رغم أنه يتبع الغزالي فى كثير من الأحيان إلا أنه - عرف التأويل وتفاذى بعض ما أخذ على الغزالي فى تعريفه له فقال: (التأويل: صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر إلى احتمال مرجوح به لإعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن - من المعنى الذى دل عليه الظاهر)^(٣).

فوافق الغزالي فى أن الدليل الذى يصير إليه المعنى المرجوح أغلب على الظن من المعنى الذى دل عليه الظاهر، كما وافقه فى كونه عرف التأويل الصحيح، إلا أنه خالف الغزالي فى جعل التأويل نفس الاحتمال، ولذا فأنا اعتبره من أحسن التعريفات للتأويل.

(١) انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العنبد ج٢ ص ١٦٨.

(٢) انظر: الإحكام للآمدى ج٣ ص ٤٩.

(٣) انظر: روضة الناظر وجنة المناظر مع شرح نزهة الخاطر ج٢ ص ٣٠ وما بعدها.

الفصل الثانى

مجال التأويل وشروطه

وسيكون الكلام عنه فى مبحثين:

المبحث الأول: فى مجال التأويل.

المبحث الثانى: فى شروطه.

المبحث الأول

مجال التأويل

من المقرر عند العلماء، أن الأصل عدم التأويل، أى يجب العمل بالمعنى الظاهر من النصوص، ولا يعدل عن هذا الأصل إلى خلافه إلا بدليل.

والنصوص التى يمكن أن يدخلها التأويل قسمان:

الأول: نصوص الأحكام التكليفية: لأن الاحتمالات قائمة، ويستعين المجتهد فى تأويلها باللغة ومفاهيمات الشريعة، ليتمكن من استنباط الأحكام الشرعية منها. والباعث على هذا التأويل، هو التوفيق بين أحكام الآيات والأحاديث التى يكون فى ظاهرها اختلاف، فيكون التأويل لإعمال النصين، إذ أن من المقررات فى تفسير النصوص: أن إعمال اللفظ أولى من إهماله، فكان من مقتضى تلك القاعدة، أن يؤول أحد النصين، ليتمكن إعمال النصين^(١).

الثانى: نصوص الاعتقاد، كصفات البارئ تعالى وفواتح السور مثل: (الم، حم، ق، ص) الخ.

(١) انظر: أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص ١٣٧.

هذا وهناك أنواع كثيرة من التأويل: منها: حمل الحقيقة على المجاز، وحمل المطلق على المقيد، وحمل العام على الخاص، وحمل المشترك على أحد معنييه أو معانية إلى غير ذلك^(١).

وقد ذكر الشوكاني في إرشاد الفحول، أن ما يدخله التأويل قسمان:

أحدهما: أغلب الفروع ولا خلاف في ذلك.

الثاني: الأصول: كالعقائد وأصول الديانات وصفات الباري عز وجل، وقد اختلفوا في هذا القسم على ثلاثة مذاهب: الأول: أنه لا مدخل للتأويل فيها، بل يجري على ظاهرها، ولا يؤول شيء منها، وهذا قول المشبهة.

الثاني: أن لها تأويلاً، ولكنه ولكننا نمسك عنه مع تنزيه اعتقادنا عن التشبيه والتعطيل لقوله تعالى (وما يعلم تأويله إلا الله) قال ابن برهان: وهذا قول السلف.

الثالث: أنها مؤولة: قال ابن برهان: والأول من هذه المذاهب باطل، والآخران منقولان عن الصحابة، ونقل هذا المذهب الثالث عن علي وابن مسعود وابن عباس وام سلمه.

ثم نقل الشوكاني عن إمام الحرمين والغزالي والرازي ما يفيد عودتهم إلى مذهب السلف فقال: وهؤلاء الثلاثة هم الذين وسعوا دائرة التأويل، وطولوا نيوله، وقد رجعوا آخرها إلى مذهب السلف... وحكى الزركشي عن ابن تقي العبد أنه قال: ونقول في الألفاظ المشكلة أنها صحيحة وصدق - وعلى ما يقتضيه لسان العرب وتفهمه في مخاطبتهم، لم ننكر عليه ولم نبذعه، وإن كان تأويله بعيداً، توقفنا عنه واستبعدناه، ورجعنا إلى القاعدة في الإيمان بمعناه مع التنزيه^(٢).

(١) انظر: المرجع السابق ص ١٣٦، ١٣٧.

(٢) انظر: إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٥٥.

المبحث الثاني

شروط التأويل

لقد وضع أئمة الشرع شروطا يجب توافرها حتى يعتبر التأويل صحيحا مقبولا، وفيما يلي أهم هذه الشروط.

١- أن يكون اللفظ للتأويل، بأن يكون المعنى الذى أول إليه اللفظ من المعانى التى يحتملها اللفظ نفسه وأن يكون موافقا لوضع اللغة أو عرف الاستعمال، أو عادة صاحب الشرع كما عبر الشوكاتى، وكل تأويل خرج عن هذا، فليس بصحيح^(١) وهذا يشمل الظاهر والنص عند الحقيقة، والظاهر عند غيرهم، فإن كان اللفظ غير قابل للتأويل كالمفسر والمحكم، كان تأويلا فاسدا فصرف العام عن عمومته، وإرادة بعض أفرادها بدليل، هو تأويل صحيح، لأن العام يحتمل الخصوص، وصرف المطلق عن الشيوخ وحمله على المقيد بدليل، هو تأويل صحيح، لأن المطلق يحتمل التقييد، وصرف المعنى الحقيقى إلى المجاز بقرينة مقبولة، تأويل صحيح، لأنه صرف اللفظ إلى معنى يحتمله بدليل، ومن ذلك: صرف الشاة الواجب فى سائمة الغنم فى أربعين شاة شاة نظرا إلى غرض الشارع وهو سد حاجة الفقير. ومثل: صرف البيع عن معناه الحقيقى إلى الهبة، لقيام الدليل على أنه تمليك بالمجان، لأنه صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى يحتمله. فهو تأويل صحيح^(٢).

(١) انظر: إرشاد القبول للشوكاتى ص ١٥٦، والإحكام للأمدى ج ٣ ص ٥٠، وروضة الناظر وجنة المناظر مع شرح نزهة العاطر ج ٢ ص ٣٥.

(٢) انظر: تفسير النصوص ص ٢٦٨، ٢٦٩، وأصول الفقه الإسلامى للدكتور القرظلى ج ١ ص ٣١٤، ٣١٥.

٢- أن يستند التأويل على دليل صحيح يدل على صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى غيره، وأن يكون هذا الدليل راجحاً على ظهور اللفظ في مدلوله^(١) لأن الأصل هو العمل بالظاهر. فالعام مثلاً على عمومته هو الظاهر ولا يقصر على بعض أفرادها إلا بدليل، والمطلق على إطلاقه هو الظاهر، ولا يعدل عن إطلاقه الشائع إلى تقييده إلا بدليل، وظاهر الأمر الوجوب فيعمل به حتى يقوم الدليل على النذب أو الإرشاد أو غيرهما، وظاهر النهي التحريم، فيعمل به حتى يدل الدليل على العدول عنه إلى الكراهة مثلاً^(٢).

هذا: والدليل الذي يستند إليه التأويل، قد يكون قرينة أو ظاهراً آخر، أو قياساً راجحاً، أو حكمة شرعية^(٣).
أ- فإن كان الدليل قرينة، فإما أن تكون متصلة بالظاهر، وإما أن تكون منفصلة عنه^(٤):

فالقريضة المتصلة: مثل ما روى صالح وحنبيل عن الإمام أحمد أنه قال: كلمت الشافعي في أن الواهب ليس له الرجوع فيما وهب، لقوله عليه السلام: (العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه)^(٥) فقال الشافعي - وهو يرى أن له الرجوع - ليس محرماً على الكلب أن يعود في قيئه.

قال أحمد: فقلت له: فقد قال النبي - ﷺ - : (ليس لنا مثل الموء) فسكت - يعني الشافعي - فالشافعي تمسك بالظاهر، وهو

(١) انظر: الأحكام للأمدى ٣ ص ٥٠. وإرشاد الفحول ص ١٥٦، وروضة الناظر مع نزعة الخاطر ج ٢ ص ٣٥.

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامي للدكتور الزحيلي ج ١ ص ٣١٥.

(٣) انظر: روضة الناظر ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها.

(٤) انظر: نزعة الخاطر العاشر شرح روضة الناظر ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها.

(٥) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما. انظر: نصب الراية للزبيدي ج ٤ ص ١٢٦.

أن الكلب لما لم يحرم عليه الرجوع في قيئه، فالظاهر أن الواهب إذا رجع مثله في عدم التحريم، لأن الظاهر من التشبيه استواء المشبه والمشبه به من كل وجه مع احتمال أن يفترقا من بعض الوجوه احتمالا قويا جدا.

فضعف حينئذ جانب أحمد في الاستدلال جدا، لأنه لم يبق معه إلا احتمال ضعيف جدا، فقواه بالقرينة المذكورة، وهي قوله - ﷺ - في صدر الحديث المذكور (ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه) وهو دليل قوي، وجعل ذلك مقدما على المثل المذكور وهو دليل الاهتمام به.

فأفاد ذلك لغة وعرفا أن الرجوع في الهبة مثل سوء، وقد نفاه صاحب الشرع، وما نفاه صاحب الشرع يحرم في الهبة مثل سوء، وقد نفاه صاحب الشرع، وما نفاه صاحب الشرع يحرم إثباته، فلزم من ذلك، أن جواز الرجوع في الهبة يحرم إثباته، فلزم من ذلك: أن جواز الرجوع في الهبة يحرم إثباته، فيجب نفيه وهو المطلوب^(١).

ومثاله القرينة المنفصلة: ما ذكره الفقهاء فيمن جاء من أهل الجهاد بمشرك، فادعى أنه آمنه، وأنكره المسلم فادعى أسره، ففيه أقوال: ثالثها: أن القول قول من ظاهر الحال صدقه، فلو كان الكافر أظهر قوة وبطشا وشهامة من المسلم، جعل ذلك قرينة في تقديم قوله، مع أن قول المسلم لإسلامه وعدالته أرجح وقول الكافر مرجوح، لكن القرينة المنفصلة حتى صار أقوى من قول المسلم الراجح^(٢).

(١) انظر: نزعة للخاطر العاطر ج ١ ص ٣٣، ٣٤.

(٢) انظر: للمرجع السابق ج ١ ص ٣٤.

ب- وقد يكون دليل التأويل ظاهراً آخر، ومثاله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكَ الْمَيْتَةُ﴾ فهو ظاهر في تحريم جلدها، دبح أو لم يدبغ، لأن اللفظ عام يتناول جميع أجزائها، غير أن في الآية احتمال أن يكون الجلد غير مراد بالعموم، من جهة أن إضافة التحريم إلى الميتة يقتضى عرفاً تحريم الأكل، والجلد غير مأكول، فلا يتنوله عموم التحريم. وقد قوى هذا الاحتمال بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله -ﷺ- قال: (أَيُّمَا إِهَابٍ دَبَغَ فَقَدْ طَهَرَ)^(١). فالحديث ظاهر عام يتناول بعمومه إهاب الميتة. وهناك حديث آخر جعلنا نحكم بسلامة التأويل، وهو قول الرسول -ﷺ- في شاة ميمونة: (إِنَّا أَخَذْنَاهَا فِدْبَعْتُمُوهُ فَانْتَفَعْتُمْ بِهِ، فَقَالُوا: إِنَّهَا مَيْتَةٌ قَالَ: إِنَّمَا حَرَّمَ مِنَ الْمَيْتَةِ أَكْلَهَا) فهذا نص في طهارة جلد الميتة^(٢).

ج- وقد يكون قياساً راجحاً، ومثاله: الأطعام في كفارة القتل، فالله تعالى لم يذكر الإطعام في كفارة القتل الخطأ، وترك ذلك ظاهر في عدم وجوبه، إذ لو وجب لذكره كما ذكر التحرير والصيام، وعلى مذهب من يرى القياس في مثل هذا الباب، يمكن إثبات الإطعام في كفارة القتل بالقياس على إثباته في كفارة الظهار والصيام لأن الكفارات حقوق الله تعالى، وحكم الامتثال واحد، فثبت الإطعام في تلك الكفارات تنبيه على ثبوته في كفارة القتل^(٣).

(١) أخرجه أحمد ومسلم والترمذي وابن ماجه.

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة ولحمد بالفاظ مختلفة: قيل الأوطار للشوكاني جـ ١ ص ٧٢ وما بعدها. ونظر في هذه أيضاً: نزهة الخاطر لبيدران على روضة الناظر جـ ٢ ص ٣٤، ٣٥.

(٣) انظر: المرجع السابق.

د- وقد يكون دليل التأويل حكمة شرعية، كتأويل الحنفية في شأن الزكاة بعض الخوات بقيمتها، ففي قوله - ﷺ -: (فى سائمة الغنم فى كل أربعين شاة شاة)^(١) صرفوا نص الحديث عن ظاهرة الدال على أن الذى يجرى عن الأربعين شاة: شاة بعينها إلى قيمة الشاة المالية، فليس الضرورى عندهم عين الشاة، بل يمكن أن تجزئ القيمة، ذلك أن حكمة التشريع نفع الفقير، ونفع الفقير بالشاة يتحقق بقيمتها، بل قد يكون من الأنفع للفقير أن يعطى القيمة^(٢).

٣- والشرط الثالث: أن يكون الناظر فى النص المتأول له أهلا للتأويل^(٣) بأن يكون من المجتهدين أصحاب الملكات الفقهية الذين لهم حق استنباط الأحكام من النصوص، فإن لم يكن من هؤلاء، رد ذلك التأويل، لصدوره ممن ليس أهلا له^(٤).

٤- أن يكون ثمة موجب للتأويل، بأن يكون ظاهر النص مخالفاً لقاعدة مقررّة معلومة من الدين بالضرورة، أو مخالفاً لنص أقوى منه سنداً، أو يكون النص مخالفاً لما هو أقوى منه دلالة، كأن يكون اللفظ ظاهراً فى الموضوع، مفسر، ففى كل هذه الصور يؤول^(٥).

(١) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم وأحمد فى مسنده وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم فى المستدرک والبيهقى فى سننه عن أنس عن أبى بكر رضى الله عنه باللفاظ مختلفة. انظر: صحيح البخارى لابن حجر ج٣ ص ٢٠٦ ومسند النسائى ج٢ ص ١٩ ومسند الكبرى للبيهقى ص ١٠٠ ومتنقى الأخبار مع نيل الأوطار ج٤ ص ١٣٤ وما بعدها.

(٢) انظر: فوائح للرحموت بشرح مسلم للثبوت ج٢ ص ٢٤، ٢٥ وتفسير للنصوص ص ٢٧٤، ٢٧٥.

(٣) انظر: الإحكام للأمدى ج٣ ص ٥٠.

(٤) انظر: أصول الفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى ج١ ص ٤٧٠، ٤٧١.

(٥) انظر: أصول الفقه الإسلامى للشيخ أبو زهرة ص ١٣٦.

الفصل الثالث

أنواع التأويل وأثر الاختلاف فيه

يتبين من الشروط السابقة، متى يكون التأويل مقبولا ومتى يكون غير مقبول، والتأويل الصحيح ينقسم إلى نوعين: الأول: تأويل قريب. الثاني: تأويل بعيد^(١).

أولا: التأويل القريب:

وهو الذى يكفى فى إثباته أدنى دليل، مثل تأويل القيام إلى الصلاة بالعزم عليها فى قوله سبحانه: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق..﴾ الآية^(٢) فالقيام إلى الصلاة مصروف عن معناه الظاهر فى هذه الآية، إلى المعنى أوردناه وهو العزم على أداء الصلاة وإرادة الدخول فيها وهو معنى قريب منه محتمل لقيام الدليل على ذلك، وهو أن الشارع الحكيم لا يطلب الوضوء من المكلفين بعد الشروع فى الصلاة؛ لأن الوضوء شرط فى صحتها، والشرط يوجد قبل المشروط لا بعده^(٣).

ومثل ما رواه البيهقى عن الشافعى فى قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾^(٤) أنه قال: إلا وجهها وكفيها، فتأول الشافعى (ما ظهر منها) بالوجه والكفين ورجح

(١) انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للعصدي ج٢ ص ١٦٩ وحاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ج٢ ص ٨٨ وشرح الكوكب المنير ج٣ ص ٤٦١، ٤٦٢ وروضة الناظر وجنة المناظر مع شرح نزهة الخاطر ج٢ ص ٣٢، ٣٣ وإرشاد الفحول للشوكاني ص ١٥٦، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج٢ ص ٢٢.

(٢) سورة المائدة: آية ٦.

(٣) انظر: للمراجع السابقة.

(٤) سورة النور آية ٣١.

تأويله بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي - ﷺ - قال - لأسماء بنت أبي بكر: (يا أسماء، إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا، وأشار إلى كفه ووجهه)^(١).
ثانياً: التأويل البعيد:

وهو الذي لا يكفي في إثباته أدنى دليل، ويحتاج إلى المرجح القوي لجعله راجحاً على المعنى للظاهر من الكلام، وله أمثلة متعددة، نذكر منها ما يلي:-

١- قوله - ﷺ - لغيلان النقيي وقد أسلم على عشر نسوة (اختر) وفي لفظ (أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن)^(٢).

فالذي يدل عليه ظاهر الحديث أن الرجل إذا أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، له أن يختار أربعاً منهن كما يشاء ويفارق الباقيات. وإلى هذا الرأي ذهب الشافعي ومالك وأحمد وبعض علماء الحنفية كمحمد بن الحسن كما جاء في حاشية العطار^(٣).

لكن جمهور الحنفية أولوا حديث الرسول - ﷺ - (أمسك أربعاً وفارق سائرهن) على ابتداء النكاح أو استبقاء الأوائل، بمعنى أنه إن كان تزوجهن بعقد واحد، فعليه أن يبتدئ نكاح أربع منهن، ويفارق سائرهن أي لا يبتدئ العقد عليهن... وإن كان تزوجهن بعقود أي متفرقات، استبقى الأربع الأوائل، وفارق سائرهن أي الأواخر.

وعضدوا تأويلهم هذا بالقياس فقالوا: إن بعض النسوة ليس بأولى بالإمسك من بعض، إذ هو ترجيح بلا مرجح^(٤).

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص ٨٤ وتفسير النصوص ص ٢٧٦.

(٢) للحديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني والبيهقي والحاكم، انظر:

٢٦٩ وسنن البيهقي ج٧ ص ١٨١، والمستدرک ج٢ ص ١٩٣.

(٣) انظر: المهذب للشيخ الرازي ج٢ ص ٥٢، وبذرية المجتهد ج٢ ص ٤٩، والمغني لابن

قدامة ج٦ ص ٦٢٠، ٦٢١.

(٤) انظر: الإحكام للأمدى ج٣ ص ٥١ ومختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه

للمضد

لكن تأويلهم هذا في غاية البعد، باعتبار أن الحديث فيه قرائن عضدت الظاهر وجعلته أقوى من الاحتمال:

أحدها: أنه لم يسبق إلى افهام الصحابة إلا الاستداه دون ابتداء النكاح، فإنهم لو فهموه، لكان السابق إلى فهمنا^(١).

الثاني: أن النبي - ﷺ - فوض الإمساك والفراق إلى غيلان النقي، مستقلاً به، حيث قال: (أمسك وفارق) ولو كان المراد به ابتداء النكاح، لما استقل به بالاتفاق، إذ لا بد من رضى الزوجة، فكان يجب أن يقول (أمسك أربعة منهن إن رضين).

الثالث: أنه لو أراد ابتداء النكاح، لذكر شرائطه لأن تلك بيان في وقت الحاجة إليه، فلا يجوز تأخيرها عن وقتها، خصوصاً لمن هو حديث العهد بالاسلام، فهو أحوج إلى البيان.

الرابع: أنه لم ينقل عن غيلان ولا عن غيره ممن اسلم على أكثر من أربع، أنه جدد عقد النكاح، مع كثرة الكفار الذين أسلموا، ووجود الرسول - ﷺ - بين ظهرانيهم.

الخامس: أن الأمر للوجوب، وكيف يجب عليه ابتدأه، ولس بواجب في الأصل!!^(٢).

وأما ما قاله الحنفية: من أنه ليس بعض النموسة أولى بالامساك من بعض، فمردود بأن الأولى به منهن من اختاره الزوج، واختياره هو المرجح.

(١) يقول ابن بدران في نزهة الخاطر على روضة الناظر حول هذه النقطة: (يعنى أن السابق إلى فهمنا وفهم الصحابة - ﷺ - من الإمساك، الاستداه لابتداء النكاح، ومن المفارقة للتسريح لترك النكاح، فيكون هذا مدلول اللفظ ومقتضاه للدليل على أن السابق إلى فهمنا من الحديث ذلك الوجدان منا، والتأويل من الحنفية، إذ لو لم يكن ظاهراً فيما قلناه لما احتجوا إلى تأويله، وإذا ثبت أن السابق إلى فهمنا من الحديث ذلك الوجدان، ثبت أنه السابق إلى فهم الصحابة، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وثبت عدم التغيير في الألفاظ والموضوعات، انظر: المرجع السابق ج ٢ ص ٣٧.

(٢) انظر: المرجع السابق قريباً.

وبهذا تبين أن المراد من الحديث ما فهمه الجمهور من أن الإمساك الاستدما، والمفارق التصريح^(١).

٢- ومن التأويلات البعيدة للحنفية، بل اعتبرها أبعد من التأويل السابق، تأويلهم قوله - ﷺ - لفيروز الديلمي وقد أسلم على أختين: (اختر أيتهما شئت)^(٢) على أحد الأمرين، يعني على ابتداء نكاح إحداهما إن كان قد تزوجها في عقد واحد... أو إمساك الأولى منهما إن كان قد تزوجها مفترقين.

وإنما كان هذا التأويل أبعد من الذي قبله، لأن النافي للتأويل المذكور في الأول، هو الأمر الخارج عن اللفظ، وهو شهادة الحال، وهنا انضم إلى شهادة الحال مانع لفظاً، وهو قوله - ﷺ -: (أيتهما شئت، فإن بتقدير نكاحهما على الترتيب، تعيين الأولى للاختيار، ولفظ (أيتهما شئت) ياباه^(٣)).

٣- قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسايتهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يتسطع فإطعام ستين مسكينا..﴾^(٤).

(١) انظر: للمراجع السابقة وعلى وجه الخصوص: نزهة الخاطر للعالم لابن بدران شرح روضة الناظر ج٢ ص٣٨.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الترمذي من حيث فيروز الديلمي - ﷺ -، ولخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني والبيهقي عن فيروز الديلمي أيضا باللفظ: (طلق أيتهما شئت) وفي رواية أخرى للدارقطني والبيهقي عن فيروز الديلمي قال: (أسلمت) وتحتي أختان فسألت النبي - ﷺ - فأمرني أن أمسك أيتهما شئت وأفارق الأخرى).

أنظر: عارضة الأحوذى ج٥ ص٦٣، وبذل المجهود ج١٠ ص٣٨٤، ومن ابن ماجه ج١ ص٦٢٧ ومن الدارقطني ج٣ ص٢٧٣، ومن البيهقي ج٧ ص١٨٤.

(٣) أنظر: الأحكام للمدعي ج٣ ص٥٢ وشرح الكوكب المنير لابن القفوح ج٣ ص٤٦٣، ٤٦٤ والمراجع السابقة.

(٤) سورة المجادلة: آيه ٤، ٣.

فالذي يدل عليه ظاهر الآية: أن الواجب على المظاهر إطعام ستين مسكينا كما أمر الله، إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام، ولا يجزئه أقل من ذلك، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي وأحمد في الراجح عنه وهو رأى الكمال ابن الهمام من الحنفية^(١).

لكن الحنفية أولوا قوله تعالى: (فإطعام ستين مسكينا) على إطعام طعام ستين مسكينا، فقدروا لفظ (طعام) قبل (ستين). وعلى هذا التأويل: لو ردها المخرج على مسكين واحد ستين يوما أجزأته، كما لو أخرجها لستين مسكينا. قالوا: لأن المقصود في الكفارة المالية دفع الحاجة، ودفع حاجة ستين مسكينا، كدفع حاجة مسكين واحد في ستين يوما^(٢).

وهذا تأويل بعيد، ووجه البعد: أنهم جعلوا المعدوم وهو (طعام) منكورا مفعولا به، والمنكور وهو قوله: (ستين) معدوما: لم يجعلوه مفعولا به مع ظهور قصد العدد، لفضل الجماعة وبركتهم وتضافرهم على الدعاء للمحسن، وهذا لا يوجد في الواحد.

وأیضا: حملة على ذلك، تعطيل للنص، ولهذه الحكمة شرعت الجماعة في الصلاة وغيرها.

وأیضا: لا يجوز استنباط معنى من النص يعود عليه بالإبطال. والقول بإجزاء إطعام هذا العدد من المساكين لواحد منهم، استنباط يعود على ظاهر النص بالإبطال، لأن النص إطعام ستين مسكينا^(٣).

(١) انظر: القمى لابن قدامة ج٢ ص ٣٦٩، وبلوغ المرام لابن حجر مع سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ٨٩، ومعالم السنن للخطابي ج٣ ص ٣٥٢، وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد ج٢ ص ٣، وفتح القدير مع الهداية ج٣ ص ٢٤٣.

(٢) انظر: الإحكام للآمدي ج٢ ص ٥٣، ومختصر ابن الحاجب مع شرح المضد ج٢ ص ١٦٩، ١٧٠، وفتوح الرحموت ج٢ ص ٢٤، ٢٥، وتيسير التحرير ج١ ص ١٤٦، وشرح الكوكب المنير ج٢ ص ٤٦٤، ٤٦٥، وفتح القدير ج٢ ص ٢٤٣.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

وبناء على ذلك: يكون الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ووافقهم فيها الكمال بن الهمام من الحنفية في اعتبار العدد في الآيه، لا اعتبار أن عدد الأيام يقوم مقام أعداد المساكين كما ذهب الحنفية، لأن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام، وعلى هذا: يكون الامتنال في هذه الكفارة بإطعام العدد الذي أمرنا الله به.

٤- ومن أمثلة أيضا تأويل الحنفية ما في رواية أبي داود^(١) والترمذي^(٢) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - في الغنم: (في كل أربعين شاة شاة) على قيمة الشاة، فتجب الشاة أو قيمتها، وليس خصوص الشاة، مستثنين فيه إلى أن الغرض من إيجاب الشاة زكاة للأربعين، سد حاجة الفقراء، سد حاجتهم من إعطائهم نفس الشاة^(٣).

أما الشافعية: فيرون وجوب دفع المنصوص عليها وهي الشاة، ولا يجيزون دفع قيمتها، أخذاً بظاهر الحديث، ولذا: فلا يخرج المكلف عن العهدة إلا بدفع الشاة عيناً^(٤).

وقالوا في تأويل الحنفية: إنه تأويل بعيد، بل هو أبعد من سابقة، ذلك لأنه يؤدي إلى بطلان الأصل، حيث إن الشاة إذا وجب قيمتها، لم تجب الشاة مع أنها تجب اتفاقاً، هذا الاستنباط على النص بالإبطال وذلك غير جائز^(٥).

ورد: بأن الحنفية لم يبطلوا إخراج الشاة، بل قالوا بالتخيير بين الشاة وقيمة الشاة، وهو استنباط يعود بالتعميم، كما

(١) انظر: بذلك المجهود ج ٨ ص ٥٣.

(٢) انظر: عارضة الأحوذى ج ٣ ص ١٠٨.

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٥٠٧، وما بعدها، ومسلم الثبوت مع فواتح الرحموت ج ٢ ص ٢٢، وتيسير التحرير ج ١ ص ١٤٦، والإحكام للأمدى ج ٣ ص ٥٢ وشرح المضد ج ٢ ص ١٦٩، ١٧٠، وشرح للكوكب المنير ج ٣ ص ٤٦٥، ٤٦٦.

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ج ١ ص ١٤٤، والمنهاج للنووي مع شرحه مخي المحتاج للخطيب ج ١ ص ٣٦٩ وما بعدها.

(٥) انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح المضد ج ٢ ص ١٦٩، ١٧٠ وشرح للكوكب المنير ج ٣ ص ٤٦٥.

في قوله - ﷺ -: (لا يقضى القاضي وهو غضبان)^(١) فهو يعم كل ما يشوش الفكر، ولا يعود بالإبطال.

ولجيب عن ذلك: بأن الشارع لعله راعى أن يأخذ للفقير من جنس مال الغنى، فيتشارك في الجنس فتبطل القيمة، فعاد بالبطلان من هذه الجهة.

وأضيقوا: أنه كان التقدير (قيمة شاة) يكون قولهم باجزاء الشاة لس بالنص، بل بالقياس فيترك المنصوص ظاهراً، ويخرج، ثم يدخل بالقياس، فهذا عائد بإبطال النص لا محالة.

ووجه كونه أبعد مما قبله، لأنه يلزم أن لا تجنب الشاة كما تقدم، وكل فرع استنبط من أصل يبطل ببطلانه^(٢).

الرأي الرابع:

لكن النظر الصحيح يقضى بترجيح مذهب الحنفية، وإذا كنت لم أوافق الحنفية في تأويلهم لمسألة الإطعام السابقة، حيث لم يعم عليه دليل يقوى العدول عن الظاهر إليه، فإنني لم أوافق الشافعية في حكمهم على التأويل في هذه المسألة، بأنه بعيد، أو بأنه في غاية البعد، ذلك: لأن الحنفية قد استدوا في هذا التأويل إلى معنى ونص:

أما المعنى: فلأن حكمة تشريع الزكاة، إيصال الرزق إلى الفقراء الذي وعدهم الله به، والرزق متعدد من طعام وشراب وكسوة، فقد وعدهم الله أصنافاً من الرزق، وأمر من غده من ماله صنف واحد، أن يؤدي موعود الله، فكان إننا بإعطاء للقيم ضرورة، وحينئذ لم تبطل للشاة، وإنما بطل تعيينها،

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارقطني والبيهقي وغيرهم عن أبي بكر مرفوعاً. قطر: صحيح البخاري ج ١ ص ٢٠٦، ومنه النسائي ج ١ ص ٢٠٩، ومنه البيهقي ج ١ ص ١٠٥.

(٢) قطر: شرح الكوكب المنير ج ٢ ص ٤٦٥، ٤٦٦.

ومعنى ذلك: بطلان عدم أجزاء غيرها، وصارت محلاً للدفع هي وقيمتها، فالتعديل وسع للمحل للحكم، ولم يبطل المنصوص عليه وليس التعديل إلا لتوسعة المحل^(١).

وأما النص: فما روى أن معاذاً - رضي الله عنه - قال لأهل اليمن: أتوني بخميس أو لبيس مكان الذرة أو الشعير أهون عليكم وخير لأصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالمدينة^(٢) وهذا يدل على جواز أخذ قيمة الزكاة، فإن معاذاً لم يأخذ عين الواجب في الزكاة وهي الذرة والشعير، وأخذ الثياب بدلاً عنها، لأن الثياب ببلاد اليمن، كانت كثيرة، فيكون دفعها أسهل عليهم وأوفر مصلحة لأصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - بالمدينة، فظهر أن ذكر الشاة، كان لتقدير المالية، ولأنه أخف على أرباب المواشي، لا لتعين الشاة^(٣).

وأيضاً روى البخاري من حديث ثمامة (أن أنساً - رضي الله عنه - حدثه أن أبا بكر - رضي الله عنه -، كتب له فريضة الصدقة التي أمر الله رسول - صلى الله عليه وسلم - من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة - وليست عنده جذعة وعنده حقة - فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له أو عشرين درهماً، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة، فإنها تقبل منه الجذعة، ويعطيه المصدق عشرين درهماً، أو شاتين^(٤) الحديث فظهر من هذا: أن ذكر الشاة، لتعيين مالية الواجب وإعلامه، لا أن الواجب صورة الشاة^(٥).

(١) انظر: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣ فتح القدير ج ١ ص ١٠٩، وأصول الخضرى ص ١٣١.

(٢) رواه البخاري معلقاً وتعليقاًه صحيحه، وقد وصله يحيى بن آدم القرشي في كتاب الفراج، وانظر: للتقرير والتحرير شرح التحرير ج ١ ص ١٥٧. وفوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٢، ٢٣. والخميس: ثوب طوله خمسة أذرع، وللبليس: ما يليس من الثياب.

(٣) انظر: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣ وأصول الخضرى ص ١٣١.

(٤) انظر: صحيح البخاري ج ٢ ص ١١٧.

(٥) انظر: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣.

٥- ومن الأمثلة أيضاً: ما روى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله - ﷺ - قال: (زكاة الجنين زكاة أمه)^(١).

فقد أول أبو حنيفة هذا الحديث: وحمله على التشبيه، فقال: إن المراد منه أن الجنين إذا خرج حياً فنكته زكاة أمه، فكما تم تركية أمه بنبحها، يجب أن يزكى بنبحه، ولهذا كان الحكم عنده أن الأم إذا نبتت وخرج الجنين من بطنها حياً، فلا يحل إلا بزكاة مستقلة كزكاة أمه، وإن خرج ميتاً، فلا يحل أصلاً، ولا تكون زكاة أمه زكاة له^(٢).

لكن الشافعية اعتبروا هذا التأويل بعيداً، ولا يصح العمل به، وذهبوا إلى أن المراد من الحديث هو بيان حل الجنين الذي يخرج من بطن أمه المزكاة ميتاً. وإلى هذا الرأي ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٣).

وقد استند الشافعية في عدم صحة تأويل أبي حنيفة على الأدلة الآتية:

١- أن أبا حنيفة حمل الحديث على التشبيه، فزادوا فيه كلمة هي (الكاف) أو (مثل) فيكون الحديث هكذا: (زكاة الجنين كزكاة أمه) أو (زكاة الجنين مثل زكاة أمه) دون دليل يدل على وجود هذا اللفظ المقدر.

(١) الحدث أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه عن أبي سعيد الخدري - ﷺ - وفي رواية لأحمد وفي دلود: (قلنا: يا رسول الله: ننحر الناقة فنجد في بطنها الجنين، فنقله أم نأكله؟ قال: كلوه إن شئتم فإن زكته زكاة أمه) انظر: مسند الإمام أحمد ج ٣ ص ٣١، ٣٩، ٤٥، ٥٣.

(٢) انظر: حاشية المطار على المحطى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٩٠، ٩١، وشرح الكوكب المنير ج ٣ ص ٤٦٩، ٤٧٠.

(٣) انظر: المنهاج للنووي مع شرحه نفى المحتاج للشربيني الخطيب ج ٢ ص ٣٠٧، وبدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٤٢.

٢- ما جاء في بعض طرق هذا الحديث، والذي أوردنا سابقاً (يا رسول الله إنا ننحر الإبل.. فنجد في بطنها الجنين أفنلقه أونأكله..) الخ، فإن الظاهر منه أن مؤالهم إنما هو عن الجنين الميت، لأنه هو الذي تركيته حتى يحل، فلا يكون محلاً للسؤال عنه.

٣- أن بعض روايات الحديث جاءت بلفظ (زكاة الجنين بزكاة أمه)^(١) وهو بهذا اللفظ مفسر لا يحتمل التأويل، فيجب أن يجعل أصلاً في العمل، ويحمل الحديث الأول عليه، فيكون المراد منهما معنى واحد وهو أن زكاة أم الجنين زكاة لهن فيحل أكله تبعاً لأمه، ولو خرج من بطنها ميتاً^(٢).

وبهذه الأوجه: يتبين عدم قبول تأويل أبي حنيفة لهذا الحديث، حيث إن تأويله لم يظفر بصرف الظاهر من الحديث إليه. فكان تأويلاً بعيداً، ويكون الراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء، من أن زكاة أم الجنين زكاة له، وتكفي عن تركيته، فيحل أكله ولا يحتاج إلى نبح جديد.

(١) ذكر الحديث للشوكاني في نيل الأوطار ج٨ ص ١٥١ فنذكر أن الحديث روى بلفظ (بزكاة أمه) والباء للسببية، فيكون المعنى أن الجنين حكم عليه بالحل تركية بزكاة أمه.
(٢) انظر: حاشية العطار على المحلى على متن جمع الجوامع ج٢ ص ٩٠، ٩١ وشرح الكوكب المنير ج٣ ص ٤٦٩، ٤٧٠، ونيل الأوطار ص ١٥٠، ومعالن السنن للخطابي ج٤ ص ٢٨٢، وأصول الفقه للدكتور البري ص ٢٧١، ٢٧٢.

الفصل الرابع

موقف الظاهرية من التأويل

من المقرر عند الظاهرية أنهم يأخذون بظواهر النصوص من القرآن والسنة، فإن لم يكن فإجماع الصحابة باعتبار أنه مستند إلى دليل ن رسول الله - ﷺ - ومن المعروف عنهم أيضاً، أنهم رفضوا القياس رفضاً باتاً فالنصوص كلها فى حكم النص المفسر الذى لا يحتاج إلى تأويل أو تعليل، وقد رفع راية الأخذ بالظاهر فى بادئ الأمر داود الظاهرى المتوفى سنة ٢٧٠ هـ، ثم رفعها من بعده ابن حزم وهو من رجال المائة الخامسة للهجرة ولم يكتف بما جاء به داود الظاهرى، بل زاد على ما جاء به، حتى أصبح إماماً ظاهرياً مجتهداً^(١).

أما من ناحية التأويل عند ابن حزم، فقد عرفه بقوله: (هو نقل اللفظ عما اقتضاه ظاهره وعما وضع له فى اللغة إلى معنى آخر، فإن كان نقله قد صح ببرهان وكان ناقله واجب الطاعة، فهو حق، وإن كان نقله بخلاف ذلك، أطرَح ولم يلتفت إليه، وحكم على ذلك النقل بأنه باطل)^(٢).

وكما هو واضح من التعريف، يجب الأخذ عنده بظاهر اللفظ من ناحية اللغة، ولا يصرف عن ظاهره ومعناه اللغوى إلا بنص آخر أو إجماع متيقن، والتجاوز عن ذلك، يعتبر فى نظره افتراء على الله وتعدياً لحدوده.

ولقد بين ابن حزم فى فصل (حمل الأوامر والأخبار على ظواهرها) فى كتابة الأحكام فى أصول الأحكام: (بين أن بعض الفرق قد أولت النصوص تأويلاً باطلاً، ومنهم الروافض التى

(١) تفسير النصوص ص ٣١٧، ٣١٨ (بتصرف).

(٢) نظر: الأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٢.

ضلت بتركها الظاهر، والقول بالهوى بغير علم، ولا هدى من الله عز وجل ولا سلطان ولا برهان، وضرب ابن حزم بعض التأويلات لهم قائلا: فقالت الروافض: ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾^(١) قالوا: ليس هذا على ظاهره، ولم يرد الله تعالى بقرة قط، إنما هو عائشة رضي الله عنها ولعن من عقها... وقالوا: ﴿الجيت والطاغوت﴾^(٢) ليس على ظاهرهما، إنما هما أبو بكر وعمر رضوان الله عليهما ولعن من سيهما... وقالوا: ﴿يوم تمور السماء مورا وتسير الجبال سيرا﴾^(٣) ليس على ظاهره، إنما السماء محمد والجبال أصحابه. وقالوا: ﴿وأوحى ربك إلى النحل﴾^(٤) ليس على ظاهره، إنما النحل بنو هاشم والذي يخرج من بطونها هو العلم^(٥).

ثم بين ابن حزم، أن بعض من سلكوا طريقهم قالوا في قوله تعالى: ﴿وثيابك فطهر﴾^(٦) ليس الثياب على ظاهر الكلام، إنما هو القلب، وقالوا: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت﴾^(٧) ليس على ظاهره، إنما هو ابن زكر، وأما الأنثى فلا... وقالوا: ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم﴾^(٨) ليس على ظاهره، إنما أراد من غير قبيلتكم^(٩).

وفى وجوب الخذ بالظاهر، وعدم صرف اللفظ عنه إلى غيره إلا بنص أو إجماع، يقول ابن حزم: (فإن قالوا): بأى شئ تعرفون ما صرف من الكلام عن ظاهره قيل لهم وبالله التوفيق: نعرف ذلك بظاهر آخر مخبر بذلك، أو بإجماع متيقن منقول عن النبي - ﷺ - على أنه مصروف عن ظاهره^(١٠).

(١) سورة البقرة آية ٦٧.

(٢) من قوله تعالى: ﴿ألم تر إلى الذين أوتوا نصيبا من الكتاب يؤمنون بالجبت والطاغوت﴾ سورة النساء: آية ٥١.

(٣) سورة الطور: آية ١٠.

(٤) سورة النحل: آية ٦٨.

(٥) انظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٣ ص ٤٠.

(٦) سورة المائدة: آية ٤.

(٧) سورة النساء: آية ٧٦.

(٨) سورة المائدة: آية ١٠٦.

(٩) انظر: الإحكام لابن حزم ج ٣ ص ٤٠، ٤١.

(١٠) انظر: المرجع السابق.

ومما استشهد به ابن حزم لإثبات ما يقول: قوله تعالى
 ذلما لقوم بحرفون الكلم عن مواضعه: ^(١) ﴿ويقولون سمعنا
 وعصينا﴾ فقد قرر ابن حزم، أنه لا بيان أجلى من هذه الآية
 أنه لا يحل صرف كلمة عن موضعها في اللغة، ولا تحريفها عن
 موضعها في اللسان وإن من فعل ذلك فاسق مذموم عاص بعد
 أن يسمع ما قاله تعالى، قال عز وجل: (كذلك نقص عليك من
 أنباء ما قد سبق وقد آتيناك من لدنا ذكراً، من أعرض عنه فإنه
 يحمل يوم القيامة وزراً) فصح أن الوحي كله من يترك ظاهره،
 فقد أعرض عنه، وأقبل على التأويل ليس عليه دليل.. وقال
 تعالى: (وقد كان فريق منهم يسمعون كلام الله ثم يحرفونه من
 بعد ما عقلوهم وهم يعلمون) وكل من صرف لفظاً عن مفهومه في
 اللغة، فقد حرفه، وقد أنكر الله تعالى ذلك في كلام الناس بينهم
 فقال تعالى: (فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين
 يبدلونه) وليس التبديل شيئاً غير صرف الكلام عن موضعه
 وربته، إلى غيرها بلا دليل من نص أو إجماع متيقن عنه -
 واستطرد ابن حزم في كلامه قائلاً: قال تعالى أمراً لنبيه
 - ﷺ - أن يقول: (قل لا أقول لكم عندى خزائن الله ولا أعلم
 الغيب (إلى منتهى قوله تعالى): إن أتبع إلا ما يوحى إلى (قال
 ابن حزم معلقاً على ذلك: ولو لم يكن إلا هذه الآية، لكفت لأنه
 عليه السلام قد تبرأ من الغيب، وأنه إنما يتبع ما يوحى إليه فقط،
 ومدعى التأويل وتاك الظاهر، فهو غيب، مالم يقر عليه دليل من
 ضرورة عقل، أو نص من الله تعالى، أو من رسوله - ﷺ - أو
 إجماع راجع إلى النص المذكور ^(٢).

ثم قال ابن حزم: ومن ترك ظاهر اللفظ، وطلب معاني
 لا يدل عليها لفظ الوحي، فقد افترى على الله عز وجل بنص
 الآية المذكورة، يقول الله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا

^(١) سورة البقرة: آية ٩٣.

^(٢) انظر: الإحكام لابن حزم ج ٣ ص ٤١ وما بعدها.

لكل شيء» ويقول أيضا «أتبين للناس مقول إليهم» فنص تعالى على أن البيان إنما هو من نص القرآن، أو نص كلام الرسول - ﷺ -، فصح بذلك اتباع ما أوجب القرآن وكلامه عليه السلام، وبطلان كل تأويله دونهما^(١).

ثم روى ابن حزم عن عاتمة رضى الله عنها قالت: ما كان رسول الله - ﷺ - يتكلم شيئا من القرآن لا يوحى فيخرجه عن ظاهره إلى التأويل، فمن فعل خلاف ذلك فقد خالف الله تعالى وسوله - ﷺ -، وقد نهى تعالى وحرم أن يقال عليه ما لم يعلمه القائل، وإذا كنا لا تعلم إلا ما علمناه، فترك الظاهر الذي علمناه وتعديه إلى تأويل لم يأت به ظاهر آخر - حرام وفسق ومعصية لله تعالى، وقد أنذر الله تعالى وأعذر فمن أبصر فلنفسه ومن عمى فعليها، ثم أخرج ابن حزم عن جعفر بن برقان قال: قال أبو هريرة: يا ابن أخي: إذا حدثت بالحديث عن رسول الله - ﷺ -، فلا تضرب له الأمثال. قال ابن حزم: وصديق أبو هريرة - ﷺ - - ونصح وبالله تعالى التوفيق^(٢).

استدراك وترجيح:

إذا قررنا أن الأخذ بالظاهر هو الأصل، وأن طريق الظاهرية أقرب إلى السلامة، فإننا نرى أن ما قاله ابن حزم، يعتبر ردا على المغالين بالتأويل أمثال الروافض، وقد ذكرنا لهم أمثلة فيما سبق... أما الأئمة المعتبرون الذين أخذوا بالتأويل، فقد وضعوا له الشروط اللازمة والتي أسفلنا الحديث عنها، وهي شروط إذا التزمها المؤول، كان في مأمن عن الزيغ والانحراف واتباع غير ما أنزل الله^(٣).

ولذا يمكننا القول: إن الوقوف بالنصوص عند ظواهرها ومنع تأويلها كما فعل أهل الظاهر، يؤدي إلى جمود الشريعة

(١) انظر: المرجع السابق ج ٣ ص ٤٣، ٤٤.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) تفسير النصوص ص ٣٢٣.

وعدم مسابقتها للزمن، مع أنها خاتمة الشرائع التي أنزلت رحمة للعالمين.. كما أن الاسترسال فيه بدون سبب قوى - كما فعل الروافض - يؤد إلى إهدار النصوص وفتح الباب أمام أصحاب الأهواء، ليصلوا إلى أغراضهم بترك ظواهر النصوص والخروج عن شريعة الله، فكل الأمرين منموم... والطريق الوسط الذي يجب سلوكه هو طريق الجمهور، وهو أن يباح التأويل عند وجود ما يدعوا إليه من دفع تعارض ظاهري بين النصوص، فإذا تعارض عام وخاص، فإنه يؤول العام بما يتفق مع الخاص أن يخصص بما عدا الخاص... وإذا تعارض مطلق ومقيد، فإن المطلق يحمل على المقيد إذا ما وجد الدليل على ذلك.. وإذا وجد الدليل الدال على ذلك... وإذا وجد في النصوص الشرعية ما يتناقى ظاهره مع المبادئ الشرعية والقواعد الكلية، فإنه يؤول ذلك النص بما يتفق مع تلك المبادئ والقواعد، لأن هذه الشريعة ليس من سماتها التخالف والتناقص^(١).

أمثلة للتأويل في الفقه الإسلامي:

ذكرنا قبل ذلك: أن التأويل يدخل على اللفظ الخاص، والعام، والمطلق، وفيما يلي أمثلة على ذلك:

١- فمن التأويل بتخصيص العام، أن الله سبحانه وتعالى أباح البيع بقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ وبقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ونهى مع ذلك عن تلقى السلع، فكان بعض البيع حراماً بمقتضى هذا النهي، فيكون هذا تخصيصاً لآية الإباحية، وكذلك نهى النبي - ﷺ - عن الغرر، وعن البيوع التي تؤدي إلى احتكار أقوات الناس^(٢).

(١) انظر: أصول الفقه الإسلامي للدكتور مصطفى شبلي ج ١ ص ٤٧٤.

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامي للشيخ أبو زهرة ص ١٣٧.

- ٢- ومن ذلك أيضا قوله تعالى: ﴿ وأولات الأحمال أجهلن أن يضعن حملهن ﴾ فإن ظاهر النص أن وضع الحمل تنتهي به للعدة، سواء أكانت عدة طلاق أم كانت عدة وفاة، ولكن قوله تعالى: ﴿ والنزین يتوفون منكم ويذرون أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ يفيد أن عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا، سواء كانت المتوفى عنها زوجها حاملا، أو غير حامل ولمنع ذلك التعارض إزاء أعمال الظاهر في الآيتين، خصصت آية عدة الوفاة بما إذا لم تكن حاملا^(١).
- ٣- ومثال التأويل بتقييد المطلق، قوله تعالى: ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو حم خنزير.. ﴾ الآية، ففي الآية الأولى ورد لفظ الدم مطلقا، وفي الآية الثانية ذكر مقيدا بأنه مسفوح، فأقادت الآية الثانية تخصيص الآية الأولى، فالمراد بالدم المحرم هو الدم المسفوح، ويلاحظ أن موصوح الحكم في الآيتين واحد، فوجب أن يقيد المطلق^(٢).

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: المرجع السابق.

أهم المراجع

- ١- (أ) القرآن الكريم.
- (ب) كتب التفسير.
- ٢- أحكام القرآن للجصاص. مطبعة الأوقاف الإسلامية ١٣٣٥هـ.
- ٣- تفسير الحافظ ابن كثير. مطبعة الإستقامة (الطبعة الثانية) ١٣٧١هـ.
- ٤- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي. مطبعة دار الكتب المصرية (الطبعة الأولى) ١٣٥٤هـ.
- ٥- جامع البيان عن تأويل أى القرآن لابن جرير الطبري. الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ٣٢٧هـ.
- ٦- الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل للزمخشري طبع مطعة الإستقامة (الطبعة الثانية) ١٣٧٣هـ.
- ٧- مفاتيح الغيب الشهير بالتفسير الكبير للرازي. طبع المطبعة الخبية (الطبعة الأولى) ١٣٠٨هـ.
- ج- الحديث النبوي وشروحه.
- ٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام للإمام الصفاني. مطبعة مصطفى البابلي الحلبي ٣٤٩هـ.
- ٩- سنن أبن ماجة طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاة ١٣٧٢هـ.
- ١٠- سنن أبي داود طبعة مصطفى الحلبي الطبعة الأولى ١٣٧١هـ.
- ١١- سنن الدارقطني طبع الهند ١٣١٠هـ.
- ١٢- صحيح مسلم بشرح النووي طبع المطبعة المصيبة بالأزهر (الطبعة الأولى) ٣٤٩هـ.
- ١٣- فتح الباري بشرح صحيح البخاري. المطبعة الكبرى الأميرية (الطبعة الأولى) ١٣٠٠هـ.

- ١٤ نيل الأوطار للشوكاني. طبع المطبعة العثمانية المصرية ١٣٥٧ هـ.
- ١٥- علوم القرآن.
- ١٥- مباحث في علوم القرآن للقطان. الطبعة الثانية عشر ١٩٨٣م مؤسسة الرسالة.
- ١٦- التبيان في علوم القرآن للصابوني مؤسسة مناهل العرفان (بيروت).
- ١٧- أصول الفقه.
- ١٧- الإحكام في أصول الأحكام للآمدی طبع مطبعة مؤسسة الحلبي وشراكة ١٣٨٧ هـ.
- ١٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني طبع مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ١٩٤٩.
- ١٩- البرهان في اصول الفقه لإمام الحرمين طبعة قطر ١٤٠٠ هـ.
- ٢٠- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح الطبعة الأولى، مطبعة دمشق ٨٤.
- ٢١- التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ١٣٧٧ هـ.
- ٢٢- التوضيح شرح التقيح لصدر الشريعة مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ١٣٧٧ هـ.
- ٢٣- تيسير التحرير لأمر باد شاه طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ١٣٥٠ هـ.
- ٢٤- حاشية البناني على جمع الجوامع طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي وشراكة.
- ٢٥- حاشية السعد على شرح العضد طبع المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ.
- ٢٦- حاشية العطار على جمع الجوامع. طبع المطبعة العلمية الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ.

- ٢٧- الرسالة للإمام الشافعي تحقيق الشيخ أحمد شاكر الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.
- ٢٨- روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامه. مكتبة المعارف بالرياض ١٩٩٠م.
- ٢٩- شرح الكوكب المنير لابن النجار بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد ١٩٨٢هـ.
- ٣٠- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لابن نظام الدين الأنصاري طبع المطبعة الأميرية الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ.
- ٣١- المستقصى للإمام الغزالي مطبوع مع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت طبع المطبعة الكبرى الأميرية ١٣٢٢هـ.
- ٣٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد مطبعة حسان بالقاهرة.
- ٣٣- فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام ضبع مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.
- ٣٤- المغنى لابن قدامه طبع مطبعة المنار بالقاهرة (الطبعة الأولى) ١٣٤٦هـ.
- و- كيت اللغة.
- ٣٥- لسان العرب لابن منظور. دار بيروت للطباعة والنشر ١٣٧٥هـ.
- ٣٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لمراقص. المطبعة الأميرية (الطبعة الأولى) ١٩٢٦.
- ٣٧- معجم مقاييس اللغة لابن فارس. الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ.

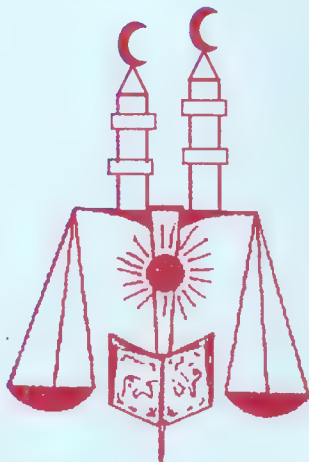
فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٩٤٥	الافتتاحية ومقدمة البحث.....
٩٤٦	الفصل الأول:.....
٩٤٦	مدلول التأويل.....
	الفصل الثاني:.....
٩٤٩	مجال التأويل وشروطه.....
	وفيه مبحثان:
٩٤٩	المبحث الأول: مجال التأويل.....
٩٥١	المبحث الثاني: شروط التأويل.....
٩٥٦	الفصل الثالث: أنواع التأويل وأثر الاختلاف فيه.....
٩٥٦	التأويل القريب.....
٩٥٧	التأويل البعيد.....
٩٥٨	المثال الأول للتأويل البعيد.....
٩٥٨	المثال الثاني.....
٩٥٨	المثال الثالث.....
٩٥٨	المثال الرابع.....
٩٥٨	المثال الخامس.....
	الفصل الرابع.....
٩٦٦	موقف الظاهرية من التأويل.....
٩٦٩	استدراك وترجيح.....
٩٧٠	أمثلة للتأويل فى الفقه الإسلامى.....
٩٧٢	المراجع:.....
٩٧٥	فهرس الموضوعات:.....

جامعة الأزهر

فرع أسوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسوط
مجلة علمية محكمة



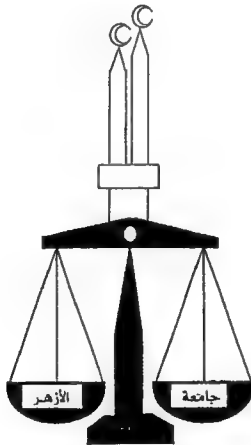
(العدد العاشر)

١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م

جامعة الأزهر
فرع أسبوط



مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط
مجلة علمية محكمة



(العدد العاشر)

١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى :

" . . . إنما يخشى الله من عباده العلماء . . . "

صدق الله العظيم

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من يرد الله به
خيراً يفقهه في الدين " .

متفق عليه

أسرة التحرير

عميد الكلية	أ.د/ حامد محمد أبو طالب	<u>رئيس التحرير :</u>
وكيل الكلية	* أ.د/ عبد القادر محمد أبو العلا	<u>لجنة التحرير :</u>
	* د/ حسين علي منـازع	
	* د/ محمود علي عبد الحافظ	
	السيد / محمد طارق على	<u>سكرتير التحرير :</u>

هيئة تحكيم المجلة

للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالي :

أولاً : الفقه :

- | | | |
|-----|--------------------------|-----------------------------|
| ١ - | أ.د/محمد أحمد الدهمى | رئيس اللجنة العلمية الدائمة |
| ٢ - | أ.د/نصر فريد محمد واصل | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٣ - | أ.د/محمود على محمد | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٤ - | أ.د/عبد العزيز محمد عزام | عضو اللجنة العلمية الدائمة |

ثانياً : أصول الفقه :

- | | | |
|-----|-------------------------------|-----------------------------|
| ١ - | أ.د/محمد عبداللطيف جمال الدين | رئيس اللجنة العلمية الدائمة |
| ٢ - | أ.د/عيسى عليوه زهران | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٣ - | أ.د/صبرى محمد عبد الله معارك | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٤ - | أ.د/رمضان عبدالوود عبدالنواب | عضو اللجنة العلمية الدائمة |

ثالثاً : الفقه المقارن :

- | | | |
|-----|-------------------------------|-----------------------------|
| ١ - | أ.د/محمد رافت عثمان | رئيس اللجنة العلمية الدائمة |
| ٢ - | أ.د/على أحمد مرعى | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٣ - | أ.د/محمود العكازى | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٤ - | أ.د/المرسى عبد العزيز السماحى | عضو اللجنة العلمية الدائمة |
| ٥ - | أ.د/رشاد حسن خليل | عضو اللجنة العلمية الدائمة |

رابعاً : القانون الخاص :

- ١ - أ.د/ جمال الدين طه العاقل
- ٢ - أ.د/ على جمال الدين
- ٣ - أ.د/ عبد الرزاق حسن فرج
- ٤ - أ.د/ ثروت على عبد الرحيم
- ٥ - أ.د/ عبد الحكم أحمد شرف
- ٦ - أ.د/ حامد محمد أبو طالب
- رئيس اللجنة العلمية الدائمة
- استاذ القانون التجارى بكلية
- الحقوق جامعة القاهرة
- عضو اللجنة العلمية الدائمة
- عضو اللجنة العلمية الدائمة
- عضو اللجنة العلمية الدائمة
- استاذ المرافعات بكلية الشريعة
- والقانون بالقاهرة ، وعميد كلية
- الشريعة والقانون بأسوط

خامساً : القانون العام :

- ١ - أ.د/ جعفر محمد عبد السلام
- ٢ - أ.د/ زين العابدين بدوى ناصر
- ٣ - أ.د/ حاتم القرنشاوى
- ٤ - أ.د/ سامح السيد جـاد
- ٥ - أ.د/ اسماعيل البـدوى
- ٦ - أ.د/ فؤاد محمد النـسـادى
- ٧ - أ.د/ عبد الغنى محمـود
- ٨ - أ.د/ منصور المعيد ساطور
- رئيس اللجنة العلمية الدائمة
- استاذ المالية العامة بكلية الحقوق
- جامعة عين شمس
- استاذ الاقتصاد بكلية التجارة بنات
- جامعة الأزهر بالقاهرة
- عضو اللجنة العلمية الدائمة
- عضو للجنة العلمية الدائمة
- عضو اللجنة للعلمية الدائمة
- استاذ القانون الدولى بكلية الشريعة
- والقانون بالقاهرة
- استاذ القانون الجنائى بكلية
- الشريعة والقانون بالقاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد
المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه والتابعين ومن تبعهم
بإحسان إلى يوم الدين .

كما بعد ،،،

فبين يديك أيها القارئ العزيز العدد العاشر من مجلة كلية الشريعة
والقانون بأسبوط ، وهو يضم مجموعة من البحوث القيمة النافعة رفيعة
المستوى ، تم اختيارها بعناية ، حتى " يبين الغث من السمين ، ويتميز
الضعيف من المتين لا يشتبه فيه اللجين باللجين والهجان بالهجين ^(١) ، غير
أن هذا الأمر الخطير لا يملكه إلا من عرف الحى من اللى وتبين عنده
الرشد من الغى " ^(٢) ولذلك عرضت هذه البحوث وغيرها على لجان تحكيم
على مستوى عال شكلت من أكبر علماء مصر وأفضلهم ^(٣) فى تخصصاتهم
حتى تكون البحوث المنشورة جديرة بصورها عن علماء ينتمون إلى كلية
الشريعة والقانون بأسبوط ، وجامعة الأزهر أقدم جامعات الدنيا وأعظمها .

(١) اللجين : الفضة ، واللحين : الخطب وهو ماسقط من الورق عند الخطب .

الهجان : البيض من الابل أو المرأة الكريمة ، الهجين إذا كان الأب عتيقاً والأم ليست كذلك كان الولد
هجيناً . (الصحاح باب التون فصلاً اللام والهاء) .

(٢) راجع الفتاوى الهندية - للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٣/١ ، الطبعة الثانية ، طبع الأميرية بمصر سنة

١٣١٠ هـ .

(٣) انظر قائمة بأسماء هؤلاء العلماء الأفاضل ص من هذا العدد .

ورحمه الله الحصكفي إذ قال^(١) " والمؤلفات تتفاضل بغخامة الأسرار لا بضخامة الأسفار ، وبالزهر والثمر لا بالهدر ، ومؤلف الإنسان على فضله ونقصه عنوان ، ومن طلب عيباً وجد وجد ، ومن افتقد زلل أخيه بعين الرضا فقد فقد ، والكمال محال لغير ذي الجلال ... "

وفي ضوء ذلك تهيب الكلية بكل قارئ كريم أن يتفضل بالكتابة لهيئة تحرير المجلة بملاحظاته ، سعيًا للأفضل وابتغاءً للأكمل ، والله من وراء القصد ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

^(١) في مقدمة كتابه الدر اللتقي في شرح اللتقي بهامش مجمع الأنهر طبع دار الطباعة العامة بمصر سنة ١٣١٧هـ - ٧/١ ، والحصكفي هو محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي . توفي سنة ١٠٨٨هـ - ١٦٧٧م (الإعلام للزركلي ٦/٢٩٤) .

بحث
في
﴿الإجماع كمصدر من مصادر التشريع﴾

إعداد
دكتور / محمد عبد السمیع فرج الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحث في

﴿الإجماع كمصدر من مصادر التشريع﴾

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين ، ورضى الله عن الصحابة أجمعين ، وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين ، وسلم عليه وعليهم تسليماً كثيراً .

أما بعد :

فإن الله تعالى أكمل بنبيه ﷺ دينه للقيام ، وهدى به من يشاء إلى الصراط المستقيم ، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد وأيده بالأدلة الموضحة للحق وأسبابه ، والمرشدة إلى إيصال الحق لأربابه ، وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه .

ولذلك قال سبحانه وتعالى " وفئت كلمته عليك صدقاً وعدلاً لا مبدل لكلماته " ^(١) ولما كان حكم الله للشرع هو خطابه القديم ، وهذا

^(١) سورة الأنعام من الآية (١١٥) .

للخطاب لا يمكننا الإطلاع عليه . والوصول إليه ، أوجد لنا المولى سبحانه وتعالى أدلة^(١) كاشفة عنه ومرشده إليه .

ومن بين هذه الأدلة " الإجماع " غير أن هذه الأدلة متفاوتة في المرتبة والقوة - لذا فقد أثرت أن يبين مرتبة هذا المصدر الخطير ، وأكشف النقاب عن حقيقة هذا الموضوع الجليل ، وخصوصاً وأن الإجماع يرجع إليه من الأحكام للكثير .

ملهيّن

سبب اختيار هذا البحث

كان السبب في اختياري لهذا البحث يرجع إلى الآتى :

أولاً :

ما وجنته من كثرة الخلاف يدور حول هذا المصدر من مصادر التشريع الإسلامى خصوصاً من بعض المحنثين فى مؤلفاتهم المنتشرة، والتي خدشوا بها وجه الاجماع تارة ، أو يحولونه إلى غير جهته تارة أخرى ، وأذكر منهم على سبيل المثال صاحب تحقيق كتاب " إرشاد الفحول للإمام الشوكاتى " فحينما ينتهى المؤلف فى مصنفه إلى القول "

(١) الأدلة : جمع دليل ، والدليل هو المرشد للشئ وللوصول إليه ومنها سميت الأدلة بذلك لأنها توصل إلى حكم

الله " ينظر : الإحكام فى أصول الأحكام للأمدى ، ج ١ ، ص ١١ ، طبعة الحلبي ، القاهرة ، سنة

١٩٦٧هـ / سنة ١٩٦٧م .

المقصد الثالث : فى الإجماع " يعلق على ذلك المحقق بهامش الكتاب بقوله: إن كنت ممن ابتلاهم الله بهذه البدعة للشنعاء فادرس هذا البحث جيداً ، وتأمل الأدلة بعناية فائقة لتعرف حقيقة إجماعهم الذى جعلوه المصدر الثالث للتشريع الإسلامى^(١) أ.هـ

فأردت أن أبين أن الإجماع حقيقة واقعية ، وأنه دليل مستقل له مرتبته ووضعه من بين مصادر التشريع الإسلامى ، وأنه عند التعارض يقدم على كل الأدلة .

ثانياً :

التشوق إلى معرفة كنه هذا المصدر الذى به يطبق أسمى أسس نظام الحكم فى الإسلام والمنصوص عليه فى قوله تعالى " وشاورهم فى الأمر " ^(٢) .

وبالتشاور يوقف على وجه الصواب ، فيما يكون محلاً للتشاور من قضايا ، إذ أن العلماء حينما تتلاقى اجتهاداتهم على أمر ، يجب عليهم وعلى غيرهم احترامه ، لأن الصواب لا يعدوهم ، وهذا من أوسمة الشرف

^(١) ينظر ارشاد الفحول إلى تحقيق الأصول للإمام محمد بن على الشوكانى ، ص ١٣١ ، طبعة مؤسسة الكتب

الثقافية ، بيروت - لبنان ، سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م ، تحقيق أبو مصعب البدرى .

^(٢) سورة آل عمران من الآية (١٥٩) .

الذي طوق الله به هذه الأمة ، وكشف به الظلمة قال ﷺ " إن امتي
لاجتمع على ضلالة ، فإذا رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم " (١) .
هذا فضلاً على أن به (أى بالإجماع) يحصل على الاتفاق
والوحدة ، ويبتعد عن الخلاف والفرقة ، وهذا أمر مطلوب ، وفي الشرع
محبوب قال الله تعالى " واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا " (٢) .

والحديث عن الإجماع كمصدر للتشريع استدعى منا أن نبين
حقيقته ، لأن معرفة الشيء فرع عن تصوره ونعرض كذلك لجملة من
مباحثه ، تنميها للفائدة ، وتكميلاً لما هو مقصود بالأصل .
وقد بذلنا ما في وسعنا لتحقيق هذا ، وحتى نكون قد ساهمنا في بيان
بعض الأمور التي تتعلق بهذا المصدر الهام . والله أسأل أن أكون قد
وفقت فيما قصدت ، وماتوفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

(١) أخرجه الإمام ابن ماجه عن أنس بن مالك (ينظر سنن ابن ماجه - كتاب الفتن - باب السواد الأعظم ،

ج ٢ ، ص ١٣٠٣ ، تحقيق محمد فواد ، طبعة دار الفكر ، بيروت) .

(٢) سورة آل عمران من الآية (١٠٣) .

تعريف الإجماع

معناه في اللغة :

الإجماع مصدر الفاعل الرباعي أجمع على وزن أفعل وهكذا كل فعل رباعي على وزن أفعل يجئ مصدره على وزن أفعال كأكرم إكرام وهو في اللغة له معنيان :

الأول : العزم يقال أجمع فلان على كذا إذا عزم عليه ، ومنه قوله تعالى " فأتجمعوا أنركم وشركاءكم " ^(١) أى اعزموا عليه ، وقال " وأجمعوا أن يجعلوه فى غيابة الجب " ^(٢) أى عزموا ، وقوله ﷺ " لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل " ^(٣) أى يعزم عليه من الليل فينويه .

(١) سورة يونس من الآية (٧١) .

(٢) سورة يوسف من الآية (١٥) .

(٣) هذا الحديث ورد بهذا اللفظ ، وبألفاظ أخرى ، وقد رواه الخمس وأخرجه أيضاً ابن عزيمة وابن حبان وصححه مرفوعاً (ينظر نيل الأوطار للإمام الشوكاني ، ج٤ ، ص ٣١٩ ، وستن الترمذى كتاب الصيام ج٣ ، ص ٤٢٦ ، وصحيح البخارى ج٢ ، ص ٣٨ ، وستن للنسائى باب التية نـ الصيام ج٤ ، ص ١٦٣ ، وستن ابن ماجه ج١ ، ص ٥٤٢ ، حديث (١٧٠٠) .

الثاني: الاتفاق ومنه قولهم أجمع القوم على كذا أى إتفقوا عليه^(١) .

قال الأمدى :

وعلى هذا فاتفق كل طائفة على أمر من الأمور دينياً كان أو دنيوياً يسمى إجماعاً حتى اتفاق اليهود والنصارى^(٢) .

وقال صاحب كشف الأسرار :

الفرق بين المعنيين أن الإجماع بالمعنى الأول متصور من واحد ، وبالمعنى الثانى لا يتصور إلا من اثنين فما فوقهما^(٣) .

ونضيف إلى أوجه الفرق أيضاً : أن العزم فيه جمع للخواطر ، أما الاتفاق ففيه جمع للأراء ، كما أن الإجماع بمعنى العزم يتعدى بنفسه كما يتعدى بعلى أما بمعنى الاتفاق فلا يتعدى (إلا بعلى^(٤) .

وقال الشوكانى :

معزياً إلى ابن برهان وابن السمعاني ، والمعنى الأول أى العزم - أشبه باللغة ، والمعنى الثانى - أى الاتفاق - أشبه بالشرع .

ويجاب عنه :

بأن الثانى وإن كان أشبه بالشرع ، فذلك لا ينافى كونه معنى لغوياً^(٥) .

(١) ينظر لسان العرب لابن منظور ج١/ ٦٨١ مادة جمع ، طبعة دار المعارف بمصر ، والمصباح المنير للفيومي مادة جمع ص ٤٢ ، مكتبة لبنان بيروت ، والمعجم الوسيط مادة جمع ، ج١- ١٣٤/١ ، طبعة دار المعارف ، وختار الصحاح للرازى مادة جمع ، ص ١١٠ ، طبعة دار المعارف بمصر .

(٢) ينظر : الإحكام فى أصول الأحكام ج١/ ١٧٩ ، طبعة الحلبي ، سنة ١٣٨٧هـ/ سنة ١٩٦٧م .

(٣) ينظر : كشف الأسرار على أصول البيهقي للإمام علاء الدين عبد العزيز البخارى ، ج٢/ ٢٢٦ ، طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت لبنان .

(٤) ينظر : حجية الإجماع ، أ.د/ محمد محمود فرغلى ، ص ٢٠ وما بعدها .

(٥) ينظر : إرشاد الفحول للإمام الشوكانى تحقيق أبى مصعب البلوى ، ط مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت لبنان ، سنة ١٩٩٢م ، ص ١٣٢ .

وقال صاحب التقرير والتحجير : والثانى - أى الاتفاق - بالمعنى الاصطلاحي أنسب^(١) .

وقد جزم الإمام الغزالي : بأنه مشترك بين المعنيين ، فالعزم يرجع إلى الاتفاق لأن من اتفق على شئ فقد عزم عليه^(٢) .

وقال أبو على الفارس : يقال أجمع القوم إذا صاروا ذوى جمع كما يقال البن وأتمر إذا صار ذا لبن وتمر .

ومعناه اصطلاحاً : اختلف العلماء فى تعريف الإجماع فى الإصطلاح اختلافاً كبيراً تبعاً لاختلافهم فى المعنى المراد من الإجماع ، وللشروط التى يلزم توافرها فيه ، وقد اقتصرنا على ذكر أشهرها وأكثرها شيوعاً بين الأصوليين وهى كالاتى :

عرفه الإمام عبد العزيز البخارى بأنه : عبارة عن اتفاق المجتهدين من هذه الأمة فى عصر على أمر من الأمور .

وعرفه الإمام الشوكانى بأنه : اتفاق مجتهدى أمة محمد ﷺ بعد وفاته فى عصر من العصور على أمر من الأمور^(٣) .

(١) ينظر التقرير والتحجير ج٣/ص ٨٠ ، طبعة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر الحمية ، سنة ١٣١٧هـ . وجاء مثله فى حاشية القنرى على التلويح للإمام سعد الدين الخفازانى ج٢/ص ٣٢٦ .

(٢) ينظر : للمتصفي للإمام الغزالي ج١ / صفح ١٧٣ ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، سنة ١٩٨٣م ، وبيروت لبنان سنة ١٤٠٣هـ / سنة ١٩٨٣م ، ونهاية السؤل ج٢ / ص ٢٧٣ ، طبعة صبيح ولولاده .

(٣) ينظر : لرشاد المحول للشوكانى ص ١٣٢ .

وعرفه الإمام البيضاوى بأنه : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع^(١) .

وعرفه الإمام الآمدى بأنه : عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع^(٢) .

وعرفه صدر الشريعة بأنه : اتفاق المجتهدين من أمة محمد عليه السلام في عصر على حكم شرعى^(٣) .

وعرفه الإمام الغزالي بأنه : عبارة عن اتفاق أمة محمد خاصة على أمر من الأمور الدينية^(٤) .

وبعد بيان التعريفات السابقة للإجماع نستطيع أن نقول بأن التعريف الجامع للمانع للإجماع هو أن يعرف بأنه :

" اتفاق المجتهدين من أمة محمد عليه السلام في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعى في واقعة من الوقائع " .

وكان هذا التعريف للإجماع جامعاً مانعاً في وجهة نظرنا ، لأن ماسبق سرده من تعريفات قد ورد عليه ما ينفعه وبيانه كالاتى :

أولاً : بالنسبة لتعريفات كلا من الإمام البخارى والشوكانى والآمدى ، والذي نص فيها على " أمر من الأمور أو واقعة من الوقائع " فإن الأمر أو الواقعة عام يتناول الشرعى ، والعقلى ، واللغوى ، فلو اتفقت

(١) ينظر : منهاج الوصول للقاضى البيضاوى بشرح الأسنوى ، ج ٢ / ص ٢٧٣ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ، ج ١ / ص ١٨٠ .

(٣) ينظر : التوضيح لمن التفتيح ج ٢ / ص ٨١ ، طبعة صبيح .

(٤) ينظر : للمستصطفى لمحة الإسلام الغزالي ج ١ / ص ١٧٣ .

الأمة أو المجتهدين منها على حكم عقلى أو عرفى أو لغوى كان إجماعاً وهذا لا يجوز عند جمهور العلماء لأن المقصود بالإجماع عندهم هو الذى يكون مصدراً للحكم الشرعى ، وعلى ذلك تكون هذه للتعريفات غير مائعة حيث إنها أدخلت فى المعروف ما ليس منه .

ثانياً : يرد أيضاً على تعريفات كلا من الإمام الغزالى والبيضاوى أنهما خلا من قيد فى عصر من العصور " وهذا القيد لابد منه حيث يحترز به عما يرد على ترك هذا القيد من لزوم عدم انعقاد الإجماع إلى آخر الزمان ، إذ لا يتحقق اتفاق جميع المجتهدين إلا حينئذ - لأن أمة محمد ﷺ جملة من اتبعه إلى يوم القيامة ومن وجد فى بعض الأعصار منهم فإنما هم بعض الأمة لا كلها - وليس هذا مذهب لأحد ، ومن ثم نجد بأن الإمام سعد الدين التفتازانى يقول فى تلويحه : ولا يخفى أن من تركه (أى من ترك قيد فى عصر من العصور) لوضوحه لكن التصريح به أنسب للتعريفات^(١) .

كما أورد الأمدى اعتراضاً على الإمام الغزالى الذى ترك هذا القيد فقال : إن ما ذكره (أى الإمام الغزالى) يشعر بعدم انعقاد الإجماع إلى يوم القيامة فإن أمة محمد جملة من اتبعه إلى يوم القيامة ، ومن وجد فى بعض الأعصار منهم إنما يعم بعض الأمة لا كلها ، وليس هذا مذهباً له ولا لمن اعترف بوجود الإجماع^(٢) .

(١) ينظر : التلويح على التوضيح ج ٢/ ص ٨٧ .

(٢) ينظر : الإحكام للأمدى ج ١/ ص ١٨٠ .

ثالثاً: جاءت تعريفات كلا من الإمام البخارى ، والبيضاوى ، والآمدى ، وصدر الشريعة والغزالي خالية من قيد " بعد وفاته عليه السلام " وهو قيد لا بد منه حيث لا إجماع فى حياته عليه السلام ، لأن المصدر الوحيد للتشريع هو الوحى حتى إن اتفق المجتهدون جميعاً على رأى ووافقهم عليه ، كان ذلك سنة تقريرية وإن خالفهم منقط ما أجمعوا عليه^(١) .

شرح للتعريف المختار :

التعريف المختار للإجماع كما أشرنا إلى ذلك سابقاً هو الذى يعرف الإجماع بأنه : " عبارة عن اتفاق المجتهدين من أمة محمد عليه السلام بعد وفاته فى عصر من العصور على حكم شرعى فى واقعة من الوقائع " .
 " الاتفاق " جنس فى التعريف معناه الاشتراك ، وذلك بأن يكون رأى كل مجتهد موافق لرأى الآخر سواء فى الاعتقاد أو الفعل أو القول ، وسواء صدر من الجميع أو صدر من البعض وسكت الآخرون^(٢) .
 " المجتهدين " جمع مجتهد وهو كل من توافرت فيه شروط الاجتهاد ، ويخرج به العوام فإنه لا عبرة بوافقهم ولا بخلافهم ، وعرف بلام الاستغراق احترازاً عن اتفاق بعض مجتهدى عصر من أمة محمد عليه السلام .
 " من أمة محمد عليه السلام " قيد يخرج به اتفاق مجتهدى الشرائع السابقة ، والمراد بالأمة للطائفة من الناس إذا جمعتها رابطة ، كما يراد من أمة محمد أمة اجابته ، وهى من اجابت الرسول بالإيمان وهى المرادة هنا لا أمة الدعوة .

^(١) ينظر : أصول الفقه ، أ.د/ سلامة مذكور ، ص ١٢٦ ، طبعة دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ م .

^(٢) ينظر : شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢/ ص ٣٠ ، ط / مكتبة الكليات الأزهرية بمصر .

" بعد وفاته " يخرج الإجماع فى حياته فإنه لا اعتبار به لأن مصدر الأحكام هو الوحى من الله لرسوله عليه السلام .

" فى عصر من العصور " حال من المجتهدين معناه زمان قل أو كثر ، وفائدته : الاحتراز عما يرد على ترك هذا القيد من لزوم عدم انعقاد الإجماع إلا آخر الزمان إذ لا يتحقق اتفاق جميع المجتهدين إلا حينئذ^(١).

" على حكم شرعى " احتراز به عن الاتفاق على حكم أو أمر غير شرعى فالإجماع عليه لا يكون حجة عند جمهور العلماء ، " فى واقعة من الوقائع " أى حادثة لم ينص على حكمها فى الكتاب أو السنة.

ما يترتب على القيود الواردة فى التعريف المختار من مسائل :

القيد الأول : "الاتفاق " معناه الاشتراك ، والمراد به الاشتراك فى رأى سواء أدل عليه المجتهدون بأقوالهم جميعاً أم بأفعالهم جميعاً أم بقول البعض ، وفعل البعض الآخر^(٢) .

مسألة

هل يتحقق الاشتراك فى رأى بقول البعض أو فعله مع سكوت البعض الآخر ؟

نقول : ذهب بعض العلماء : إلى أن الاشتراك فى رأى يتحقق بهذا كما فى الإجماع السكوتى عند من يراه إجماعاً ، فيكون داخلاً فى التعريف ، لأن سكوت المجتهد يعتبر دليلاً على اشتراكه مع الآخرين فى رأيهم عند تحقيق الشروط التى اشتراطوها فى هذا النوع من الإجماع .

(١) ينظر : تيسير التحرير جـ ٣/ص ٢٢٤ ، طبعة مصطفى البابي الحلبي ، سنة ١٣٥١ م .

(٢) ينظر : جمع الجوامع مع حاشية البنانى جـ ٢/ ١٨٤ .

وذهب البعض الآخر : إلى أن الاشتراك في الرأي لا يتحقق بالسكوت لأنه لا ينسب إلى ساكت قول ، وعليه يكون الإجماع السكوتي خارجا عن التعريف^(١) .

هذا وسوف نعرض لذلك بمزيد من التفصيل عند الكلام على أقسام الإجماع .

القيد الثاني : " المجتهدين " جمع مجتهد ، وهو كل من توافرت فيه شروط الاجتهاد ، وهي المعبر عنها بأوصاف أهل الإجماع ، وهذه الأوصاف هي :

- ١ - أن يعرف المجتهد القرآن الكريم لغة وشريعة .
- ٢ - أن يعرف من السنة قدر ما يتعلق بالأحكام .
- ٣ - أن يكون على دراية بالقياس .
- ٤ - أن يعرف مواقع الإجماع لئلا يخالفه في اجتهاده .
- ٥ - اشترط قوم أن يكون على دراية بعلم الفقه ، وقيل : لا يشترط لأن علم الفقه نتيجة الاجتهاد ، وثمرته فلا يتقدمه .
- ٦ - أن يكون من المسلمين .
- ٧ - أن يكون على علم بقواعد الشريعة .
- ٨ - أن يكون عالما بكيفية النظر^(٢) .

(١) ينظر : كشف الأسرار ج٢ / ٢٦٠ .

(٢) ينظر : فيما تقدم للمستفتي ج٢ / ٣٥٠ - ٣٥٢ ، والرسالة للأمام الشافعي ص ٥١٠ وشرح الاستوى ج٢ / ٣١٠ ، وملتقيات للأمام الشافعي ج٤ / ٦٧ ، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير ٢٢٧/٤ .

"مسألة"

هل يعتد بالعامى فى الإجماع ؟

اختلف فى ذلك على مذاهب :

١ - فذهب الأكثرون من العلماء إلى أنه لا اعتبار بموافقة العامى من أهل

الملة فى انعقاد الإجماع ولا مخالفته^(١) .

٢ - وذهب الأمدى ومن وافقه إلى أنه يعتبر قوله^(٢) .

٣ - وذهب البعض إلى التفصيل بين العام والخاص ، بمعنى أنه إن

اختص بمعرفة الحكم الخاصة كتحريم نكاح المرأة وعمتها وخالتها لم

يعتبر وفاق العامة ، وإن اشترك فى معرفته الخاصة والعامة كاعداد

الركعات ، وتحريم بنت الابن فهذا فيه وجهان أصحهما لايعتبر^(٣) .

الأدلة : استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى :

أ - بأن العامى يلزمه المصير إلى أقوال العلماء بالإجماع ، فلا تكون

مخالفته معتبرة فيما يجب عليه التقليد فيه .

ونوقش هذا : بأنه وإن كان يجب على العامى الرجوع إلى أقوال

العلماء ، فليس فى ذلك مايدل على أن أقوال العلماء دونه حجة

قاطعة على غيرهم من المجتهدين من بعدهم ، لجواز أن يكون

الاحتجاج بأقوالهم على من بعدهم مشروطاً بموافقة العامة لهم ، وإن

يكن ذلك شرطاً فى وجوب اتباع العامة لهم فيما يفتون به .

(١) ينظر : متبى السؤل فى علم الأصول للأمدى ص ٥٢ ، طبعة محمد على صبيح ولولاده بالقاهرة ، والبرهان

لأمام الحرمين ٦٨٤/١ ، طبعة دار الأئصار ، وللمستضى ١٨١/١ .

(٢) ينظر الإحكام للأمدى ٢٠٤/١ ، والحصول ج٢ القسم الأول ص ٢٧٩ تحقيق د/ طه فياض .

(٣) ينظر : للمستضى ١٨١/١ ، ١٨٢ ، والبرهان ٦٨٤/١ .

الرد على هذه المناقشة : يمكن رد هذه المناقشة بأن هذا الاشتراط لا دليل عليه ، لأن العامى إذا كان لم يعتبر قوله مع العلماء فذلك لأنه بمنزلة العدم ، فهو معهم كالصبيان والمجانين ، فلما لم يعتبر - بالاتفاق - موافقة الصبيان والمجانين شرطاً فى حجية الإجماع على من بعد المجمعين فكذلك لايجوز أن تشترط موافقة العامى فى الحجة .

ب - أن أهل العصر الأول من الصحابة ، علماؤهم وعوامهم اجمعوا على أنه لا عبرة بموافقة العامى ولا بمخالفته .

ج - العامى ليس من أهل الاجتهاد فلا عبرة بقوله كالصبي والمجنون ، فهم ليسوا من أهل النظر فى الشرعيات ، ولا يفهمون الحجة ولا يعقلون البرهان .

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما يأتى : بأن قول الأمة إنما كان حجة لعصمتها عن الخطأ بما دلت عليه الدلائل السمعية ولا يمتنع أن تكون العصمة من صفات الهيئة الاجتماعية من الخاصة والعامة .

ونوقش هذا : بأنه لا يتصور من عصمة الأمة عن الخطأ إلا عصمة من يتصور منه الإصابة هو وحده أو معه غيره لكونه أهلاً لها ، فوجب أن يراد من الأدلة الدالة على عصمة الأمة عصمة مجتهديهم ، لأنهم هم أهل الفتوى ، وهم الذين يتصور منهم الخطأ والصواب فكان الدليل خاصاً بهم دالاً على عصمتهم عند الاجتماع بخلاف العامى فى ذلك فلم يكن مراداً^(١).

(١) ينظر : انتهى السؤل ص ٥٣ .

أما أصحاب المذهب المفصل : فيرد على هذا التفصيل : بأن القسم الأول منه لا يتصور فيه الخلاف لا من العامي ولا من غيره وعليه فلا يجوز اعتبار خلاف المخالف فيه ، لأنه منكر لأمر معلوم من الدين بالضرورة فيكون كافراً ولا عبرة بمخالفة الكافر ، أما القسم الثاني ، وهو المخالف في النظرى ، فإنه آثم فلا يعتبر خلافه .

الرأى الرابع : مما سبق يترجح قول أكثر العلماء لقوة أدلتهم ، والرد على أدلة القولين الآخرين .

" مسألة "

الفقيه الحافظ للفروع ، والأصولى الذى ليس بحافظ للفروع هل يعتد بقولهما فى الإجماع ؟

اختلف العلماء الذين قالوا بأنه لا مدخل للعوامل فى الإجماع فى ذلك على أقوال :

الأول : يعتبران مطلقاً نظراً لما لكل منهما من أهلية النظر التى لا وجود لها فى العلمى .

الثانى : لا يعتبران مطلقاً نظراً إلى عدم تحقيق الأهلية المعتبرة فى أئمة أهل الحل والعقد من المجتهدين من الأئمة الأربعة وغيرهم ، ونسبه الأمدى للأمام الشافعى وأبى حنيفة ومالك وأحمد وغيرهم .

الثالث : المعتبر قول الفقيه الحافظ للفروع الذى ليس بأصولى ، ويلغى قول الأصولى الذى ليس بفقيه .

الرابع : المعتبر قول الأصولي دون الفقيه ، لكونه أقرب إلى المقصود الاجتهادي لعلمه بمدارك الأحكام على اختلاف أقسامها ، وكيفية دلالتها ، وكيفية تلقى الأحكام من منطوقها^(١) ومفهومها ، ومعولها بخلاف الفقيه^(٢) .

ويرى الإمام الغزالي : بأنه لا عبرة بالفقيه الحافظ للأحكام والمذاهب إذا لم يكن متمكناً من الاجتهاد ، لأن هؤلاء كالعوام ، فهم لا يتمكنون من الاجتهاد فلا يكون لقولهم عبرة ، أما الأصولي المتمكن من الاجتهاد إذ لم يكن حافظاً للأحكام ، فالراجح أن خلافه معتبر ، ودليله : أنه متمكن من الاجتهاد الذي هو الطريق إلى التمييز بين الحق والباطل ، فوجب أن يكون قوله معتبراً قياساً على غيره^(٣) .

أما العلماء الذين قالوا بدخول العوام في الإجماع ، فذهبوا إلى القول بالإعتداد بقولهما في الإجماع من باب أولى والراجح في نظرنا هو القول للذي يرى أن الأصولي الذي ليس بفقيه والفقيه المبرز الذي ليس بأصولي لا يعتد به في الإجماع لا وفقاً ولا خلافاً ما لم يكونا من أهل الاجتهاد المطلق لأتهما ليسا من أهل النظر والرأي المشترك في الإجماع ، على أنه إذا كانت المسألة المراد بحثها من دقائق الفقه فلا يعتد بالأصولي

(١) ينظر : الأحكام للأمدى ٢٠٦/١ ، والمستصفي ١٨٢/١ ، ١٨٣ ، وشرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢١١/٢ ، والبحر المحيط للزركشي ص ٣٧٣ .

(٢) ينظر : حجية الإجماع لأستاذنا الدكتور / محمد عمود فرغلي ص ٣٥٢ .

(٣) ينظر : للمستصفي ١٨٢/١ ، ١٨٣ ، والمحصل الجزء الثاني القسم الأول ص ٢٨٢ .

كما لا يعتد بالعامى ، لأن دقائق الفقه تحتاج لنوى الأهلية الكاملة فى النظر^(١) . والله أعلى وأعلم .

"مسألة"

هل ينعقد الإجماع بقول أكثر العصر (أو بقول أكثر المجتهدين) ؟

اختلف العلماء فى ذلك على مذاهب :

أ - المذهب الأول : وهو رأى جمهور العلماء حيث إنهم اشترطوا لتحقيق الإجماع أن يكون المجمعون هم كل المجتهدين فى العصر الذى يراد معرفة حكم المسألة الحادثة فيه .

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ - قالوا إن التمسك فى إثبات كون الإجماع حجة إنما هو بالأخبار الواردة فى السنة الدالة على عصمة الأمة ، ولفظ الأمة يحتمل أنه يراد به كل الموجودين من المسلمين فى أى عصر كان ، ويحتمل أن يراد به الأكثر ، غير أن حمله على الجميع مما يوجب العمل بالإجماع قطعاً لدخول العدد الأكثر فى الكل ، ولا كذلك إذا حُمِلَ على الأكثر فإنه لا يكون الإجماع مقطوعاً به لاحتمال إرادة الكل والأكثر ليس هو الكل .

٢ - وقوع اتفاق الأكثر فى زمن الصحابة ، مع مخالفة الأقل لهم ، ولم ينكر أحد منهم على خلاف الواحد (أى الأقل) بل سوغوا له الاجتهاد فيما ذهبوا إليه مع مخالفة الأكثر ، ولو كان إجماع الأكثر حجة

^(١) ينظر : شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/٢١١ ، وحجة الإجماع أ.د/ محمد محمود فرغلى ص ٣٥٣ ، والإحكام للأندى ١/٢٠٦ .

ملزمة للغير الأخذ به لما كان كذلك ، ومن ذلك اتفاق أكثر الصحابة على امتناع قتال مانعي الزكاة مع خلاف أبي بكر لهم ولو كان إجماع الأكثر حجة لبادروا بالإنكار والتخطئة وما وجد منهم من إنكار في بعض الصور لم يكن إنكار تخطئة بل إنكار مناظرة في المأخذ كما جرت عادة المجتهدين بعضهم مع بعض ، ولذلك بقي الخلاف الذي ذهب إليه الأقلون جائزاً إلى وقتنا هذا .

وربما كان مذهب إليه الأقل هو المعول عليه الآن كقتال مانعي الزكاة ، ولو كان ذلك مخالفاً للإجماع المقطوع به لما كان ذلك سائغاً^(١) .

ب - المذهب الثاني : وهو أنه لا يشترط في الإجماع أن يكون المجموعون هم كل المجتهدين بل ينعقد الإجماع بقول أكثر مجتهدي العصر وهذا مذهب إليه محمد بن جرير الطبري ، وأبو بكر الرازي وأبو الحسين الخياط من المعتزلة ، وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه .

واستدلوا على ذلك بما يأتي : لفظ الأمة الوارد في حديث الرسول ﷺ "لا تجتمع أمتي على الضلالة" يصح إطلاقه على أهل العصر وإن شذ منهم القليل كما في قول القائل بنو تميم يكرمون الضيف ، فهذا يصدق حتى ولو كان المكرمون أكثر بنى تميم ، وحديث صدق إطلاق لفظ الأمة على أكثرهم ، كان إجماعهم حجة لدلالة النص عليه .

(١) ينظر : الإحكام للأمدى ٢١٣/١ ، ٢١٤ ، وللمصنف ١٨٦/١ ، وكشف الأسرار ٢٤٤/٣ ، ٢٤٥ ، والتقريب والتحريز ٩٤/٣ ، وتيسر التحريز ٢٣٧/٣ ، وشرح المضد على مختصر ابن الحاجب ٣٤/٢ ، ٣٥ .

ونوقش هذا : بأن إطلاق لفظ الأمة على الأكثر إطلاقاً مجازياً لتبادر فهم الكل من لفظ الأمة عند الإطلاق ، ولهذا يصح أن يقال : إذا شذ عن الجماعة واحد ليس هم كل الأمة - حقيقة - بخلاف إذا لم يشذ منهم واحد ، وعلى هذا يجب حمل لفظ الأمة على الكل لكون الحجة فيه قطعية^(١) .

المذهب الثالث :

وهو إن سوغت الجماعة الاجتهاد للمخالف كان خلافه معتد به وإلا فلا وهذا مانسبه الأمدى لأبي عبد الله الجرجاني^(٢) .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

بأن الصحابة أنكرت على ابن عباس تحليل المتعة ، ولولا أن اتفاق الأكثر حجة لما أنكروا عليه فإنه ليس للمجتهد الإنكار على المجتهد الآخر حيث إنه من المعلوم أن المجتهد لا يجوز له أن يقلد غيره بل يجب عليه اتباع ما آداه إليه اجتهاده مالم يكن الاجتهاد مقابل نص أو إجماع .

ونوقش هذا :

بأن إنكار الصحابة على ابن عباس فيما ذهب إليه لم يكن بناءً على إجماعهم ، وإنما ذلك لأمر آخر حيث إن ماذهب إليه ابن عباس فيه مخالفة لما روه له من أخبار تدل على نسخ المتعة ولهذا صح عنه أنه

(١) ينظر : مسلم الثبوت ٢/٢٢٣ ، وتيسر التحرير ٣/٢٣٨ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ١/٢٠٣ .

رجع لما سمع ما رواه له وقال : حفظتم عن رسول الله ﷺ ما لم
أحفظ^(١) .

المذهب الرابع :

قول الأكثر

يكون حجة وليس بإجماع ، قال العضد في شرحه لمختصر
المنتهى: الظاهر أنه يكون حجة ظنية^(٢) .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

بأن خبر الواحد بأمر لا يفيد العلم ، وخبر الجماعة إذا بلغ عددهم
حد التواتر يفيد العلم فليكن مثله في باب الإجتهد والإجماع .

ونوقش هذا :

بأنه إن كان صدق الأكثر فيما يخبرون به عن أمر محسوس مفيداً
للعلم ، فلا يلزم مثله في الإجماع للصادر عن الاجتهاد ، مع أن ثبوت
حجيته فيه إنما هو للعصمة عن الخطأ ولم تثبت إلا بالكل ، والأكثر ليس
كل الأمة كما سبق .

الرأي الرابع :

مما تقدم يتضح لنا أن رأي الجمهور هو الراجح للآتي :

- ١ - قوة أدلتهم وعدم وجود معارض لها .
- ٢ - ضعف أدلة المذاهب الأخرى والرد عليها .

^(١) ينظر : مسلم الثبوت ٢/٢٢٢ .

^(٢) ينظر : مختصر للمنتهى وشرحه ٢/٣٤ ، ٣٥ ، ومنتهى السؤل ص ٥٥ .

اللقيد الثالث : " من أمة محمد ﷺ "

أمة محمد هي أمة أجابت للرسول ﷺ بالإيمان .

مسألة

هل يعتبر موافقة أو مخالفة من هو خارج عن الملة الإسلامية في الإجماع؟
ذهب الجمهور من العلماء إلى أنه لا اعتبار بموافقة من خرج عن
الملة ولا بمخالفته في إعتقاد الإجماع .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أن الإجماع إنما عرف حجة بالأدلة السمعية للدالة على ذلك ، وهذه
الأدلة مع اختلاف ألفاظها لا إشعار لها بإدراج من ليس من أهل الملة في
الإجماع ولا دلالة لها إلا على عصمة أهل الملة ولأن الكافر غير مقبول
القول فلا يكون قوله معتبراً في إثبات حجة شرعية ولا إبطالها وإذا تم
الإجماع بونه فلا إعتبار بمخالفته^(١) .

وذهب البعض إلى العكس من ذلك وهو رأى ضعيف لا اعتداد به
لوجود العداوة في الدين وعليه يكون الراجح هو رأى الجمهور^(٢) .

اللقيد الرابع " على حكم شرعى " :

يترتب على هذا اللقيد " مسألة "

وهي هل يعتبر الإجماع حجة في الأمور الدنيوية ؟

(١) ينظر : الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٠٤/١ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدي ٢٠٤/١ .

نقول : الأمور الدنيوية إما أن تستلزم حكم شرعى أو لا ، فإن إستلزمت فالتحقيق أن الإجماع فيها حجة كالإجماع على قتال العدو فى ساعة معينة أو فى مكان مخصوص دفعاََ لضرره فيأثم بمخالفته مادامت المصلحة باقية لأن أمور الدنيا مبنية على المصالح للعاجلة وهى قابلة للزوال والتبديل ، فإن تغيرت الحال وإقتضت الدواعى خلاف الحكم المجمع عليه لم تستمر حجته بل تجوز مخالفته ، بل ربما وجبت المخالفة لإنتهاء وجوب العمل بالإجماع الأول وإنما وجبت موافقة الإجماع فى مثل الدنيويات من حيث كونه مستلزماً للدليل على وجوب تحقيق المصلحة ودفع المضرة لا من حيث كونه إجماعاً على أمر دنيوى .

وقال بعض العلماء أنه ليس بحجة ، وهو ما نقله القرافى عن القاضى عبد الجبار .

واستدلوا على ذلك : بأن هذا الإجماع ليس بأقوى من عمل الرسول ﷺ حيث ثبت أن قوله عليه السلام لايعتبر حجة فى الأمور الدنيوية ، والدليل على أن قوله فى ذلك ليس بحجة ماروى من أنه شاور سعد بن معاذ ، وسعد بن عباد فى بذل شطر ثمار المدينة للمشركين يوم الأحزاب لينصرفوا ، فقالا : إن كان هذا عن وحى فسمعاً وطاعة وإن كان عن رأى فلا نعطيهم إلا السيف ، وقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين ، وكانوا لايطعمون من ثمار المدينة إلا بشرى أو قرى فإذا أعزنا الله بالدين نعطيهم الدنية لاتعطيهم إلا السيف فأخذ الرسول ﷺ برأيهما^(١) .

(١) ينظر : كشف الأسرار على أصول البرهوى ٩٦/٢ .

وأيضاً قوله ﷺ في قصة تلقيح النخل " أنتم أعلم بأمور دنياكم " (١)
 وإذا ثبت أن قوله ليس بحجة في الأمور الدنيوية وهي في المرتبة الثانية
 بعد الكتاب فمن باب أولى يسرى هذا على من جاء في المرتبة الثالثة بعد
 السنة ، وهو الإجماع الواقع على هذه الأمور (٢) . نكتفي بهذا القدر من
 المسائل المتعلقة بالتعريف المختار على أمل التعرض للبعض الآخر في
 أبحاث أخرى إن شاء الله تعالى .

(١) ينظر : كنز العمال ٤٦٥/١١ .

(٢) ينظر : تيسير التحرير ٢٤٤/٣ ، والتقريب والتحصيل ٨١/٣ ، والأحكام للأمدى ٢٥٦/١ .

الأدلة الدالة على مرتبة الإجماع

مَهَيِّدٌ

تعارف الأصوليون إذا عدوا مصادر التشريع الإسلامي أن يبدوا بكتاب الله عز وجل وهو القرآن الكريم أولاً ، ثم بالسنة ثانياً ، ثم بالإجماع ثالثاً ، ثم بالقياس رابعاً ، وكذا يبحثونها على هذا الترتيب ، ولهذا الترتيب أدلة نذكرها فيما يأتي :

(١) قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ" (١)

وجه الدلالة :

أن الله أمر بطاعة الله ورسوله ، وذلك بما علم حكمه من الكتاب والسنة المطهرة ثم أمر بطاعة أولى الأمر بعد إتباع ما جاء في المصدر الأول - وهو الكتاب ، والمصدر الثاني - وهو السنة - ففي الوقائع التي لم ينص على حكمها فيهما أوجب الرجوع إلى المصدر الثالث وهو قول أولى الأمر - فإن أولى الأمر عام - يشمل أولى الأمر الدنيوي وهم الولاة الذين يقومون على الحكم في الأمة (٢) ، وأولى الأمر الديني ، وهم أهل

(١) سورة النساء من الآية (٥٩) .

(٢) قال صاحب إعلام الموقعين : (وهو الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ) والتحقيق أن الولاة أو الأمراء إما يطاعون إن أمروا بمقتضى العلم ، فطاعتهم تبعاً لطاعة العلماء ، فإن الطاعة إما تكون في المعروف وما أوجبه العلم ، فكما أن طاعة العلماء تبعاً لطاعة الرسول

الإجتهااد والرأى والفتوى فإذا استقر رأيهم واجتمعت كلمتهم على حكم فى المسألة بما يحقق المقاصد التى دلت تصرفات للشارع العامة على تحقيقها من التشريع ، فإن هذا الحكم يكون واجب الإلتباع كغيره من الأحكام الثابتة بالمصادر للمسابقة على الإجماع .

(٢) ماروى عن سعيد بن المسيب عن على رضى الله عنه : أنه قال : قلت يارسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمضى فيه منك سنة ؟ قال : اجمعوا له العالمين^(١) أو قال العابدين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى الواحد^(٢) .

وجه الدلالة :

هذا الحديث دل دلالة واضحة على أن الإجماع يأتى فى المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة حيث أرشد النبى ﷺ الإمام على - كرم الله وجهه - فى معرفة حكم الأمر الذى لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه سنة بأن يجمع له العالمين من المؤمنين ، فيجعله شورى بينهم ، وما يفتقون

صلى الله عليه وسلم ، فطاعة الأمراء تبعاً لطاعة العلماء (ينظر : إسلام للقرنين ١/١٠ ، طبعة دار الجليل ، بيروت - لبنان سنة ١٩٩٧ م ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) .

(١) رواية العالمين أُرجه فى المعنى من رواية العابدين ، لأن الفرض من الإجماع التشاور للرسول إلى رأى فيما نزل بالناس ، وهذا يكون بالعلم والرأى ، لا بالتعيين للتباعدين عن شئون الناس ، فإن من هؤلاء من تستحب فى الصلاة إمامته ، وقد لا تقبل عند القاضى شهادته ، وكان الإمام مالك يقول - رضى الله عنه - كم أخ لى فى المدينة أرحم دعوته ولا أقبل شهادته .

(٢) هذا الحديث وإن قيل فيه : أنه غريب من حديث مالك ، وفى روايته من لا يمتنع به - معناه فى غاية الصدق والصحة ، لأنه دعوة إلى الشورى فى مهام الأمور ، وهو ماحث عليه القرآن الكريم : عمل الرسول وأصحابه من بعده . (ينظر أحكام للقرنين ١/٦٤ ، ٦٥) .

عليه فيه فهو حكم الله بالنسبة له ، ثم يحذر به بأن لا يترك الإجماع - وهو
إجتihad جماعى - ويقضى برأى الواحد - وهو إجتihad فردى .
إعتراض وجوابه :

قد يقول قائل : إن الرسول ﷺ فى هذا الحديث حذر من الأخذ
برأى الواحد بقوله - ولا تقضوا فيه برأى واحد - علماً بأنه ورد حديث
آخر عن معاذ بن جبل - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ لما أراد أن
يبعثه إلى اليمن قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قال : أقضى
بما فى كتاب الله قال : فإن لم تجد فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول
الله ﷺ قال : فإن لم يكن فى سنة رسول الله قال : أجتهد رأيى ولا آلو^(١)
قال معاذ فضرب رسول الله ﷺ صدرى وقال : الحمد لله الذى وفق
رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله^(٢) .

(١) آلو : أبذل غاية جهدى ولا أقصر فى ذلك .

(٢) رواه الترمذى والإمام أحمد وأبو داود وابن عدى والطحاوى من حديث الحارث بن عمرو عن أنس من
أصحاب معاذ من أهل حمص ، قال الترمذى : لا تعرفه إلا من هذا الوجه وقال البخارى فى التاريخ الكبير :
حديث الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ لا يصلح ، وأورده بن الجوزى فى العلل المتناحية ، وقال : لا يصح
وإن كان الفقهاء يذكرونه فى كتبهم ويحصلون عليه ، وإن كان معناه صحيحاً ، وقد رواه أيضاً عن شعبة
عن ابن عون هكذا ، وأورده ابن مهدي وجماعات عنه والمرسل أصح ، وقال عنه الغزالي : تلقته الأمة بالقبول
، ولم يظهر أحد فيه طعناً ولا إنكاراً ، فلا يقدح فيه كونه مرسلأ بل لا يوجب البحث عن إسناده (ينظر : سنن
الترمذى - كتاب القضاء - باب من جاء فى القاضى كيف يقضى ٦٠٧/٣ ، ومسند الإمام أحمد ٢٣٠/٥ :
٢٣٦ وسنن أبى داود كتاب الأقضية - باب إجتihad الرأى فى القضاء ٣٠٣/٣ ، وتلخيص الحبير ٢٠١/٤ ،
وأعلام الموقعين ٢٠٢/١ ، والمستصطفى للإمام الغزالي ٢٤٥/٢) .

فهنا يكون الرسول ﷺ أقر معاذاً على ثلاثة أصول للتشريع هي الكتاب والسنة ، والإجتihad بالرأى ، ولم يأمره بالإستشارة والعمل برأى الجماعة ، وهذا يؤهم بحسب ظاهره وجود إختلاف فى الأصول التشريعية وفى المراحل التى يمر بها المجتهد فى إستبطاء الأحكام إذ بينما يأمر الرسول عليه السلام علياً بجمع العالمين واستشارتهم بأمر معاذاً بالعمل برأيه وعدم إستشارة العالمين .

جوابه :

يكن فى الفرق بين ما يذهب معاذاً للقضاء فيه ، وما يستل عنه علياً - كرم الله وجهه - وذلك أن معاذاً يذهب إلى اليمن ليفصل فى الخصومات بين الناس أى فى حوادث جزئية يكفى فى الوصول إلى الحق فيها رأيه ، فإذا أعوزه الرأى القاطع ، فالإستشارة عند العرب أصل من أصول الحكمة ، ولا يظن بمعاذ أن يعدل عنه عند الحاجة إليه ، وإذا وقع له من الأحداث ما يتعلق بشئون الدولة عامة ، وما يخرج عن إختصاصه ، فالمرجع فيه إلى الرسول ﷺ ، وهو لا يزال بين ظهرانيهم ، ومن هذا النوع الأخير ما سأل عنه على - كرم الله وجهه - فإنه سأل عن النوازل التى تهم الأمة إذا نزلت بهم بعد رسول الله ﷺ ، فأرشده إلى المصدر الثالث ، وهو الإستشارة والعمل فيها برأى الجماعة حيث إن ذلك جائز بعد وفاته ، أما فى حياته فإنه لا يجوز ، ولهذا السبب كان تصويبه لمعاذاً لأنه أتى بالأدلة التى يمكن العمل بها فى ذلك الوقت .

(٢) أخرج أبو عبيد القاسم بن سلام - في كتاب القضاء - والدارمي عن ميمون بن مهران أنه قال : كان أبو بكر - رضي الله عنه - إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضى به بينهم ، قضى به ، وإن لم يجد في الكتاب وعلم به من رسول الله ﷺ في ذلك الأمر سنة : قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله ﷺ ، قضى في ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع النفر كلهم يذكرون عن رسول الله فيه قضاء .

زاد الدارمي " فيقول أبو بكر الصديق - الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ علينا ديننا " وزاد أبو عبيد " فإن لم يجد سنة سنها النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء فإن كان لأبي بكر قضاء قضى به وإلا جمع علماء المسلمين واستشارهم : فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به^(١) .

وجه الدلالة :

هذا الحديث دل دالة واضحة على أن الإمام أبا بكر رضي الله عنه كان إذا أراد معرفة حكم الله في واقعة نظر أولاً في كتاب الله فإن وجد لها حكماً قضى به ، وإلا نظر ثانياً في سنة رسول الله ﷺ ، فإن

(١) ينظر نيل الأوطار للشوكاني ٥١/٦ ، وسنن الدارمي ٥٨/١ ، طبعة دار إحياء السنة النبوية ، وسنن البيهقي ١١٤/١ ، وأعلام الموقعين ٦٢/١ ، وحمية السنة ١/د /عبد الفتى عبد الحافظ ص ٣٤٥ ، طبعة دار الوفاء بالمتنوعة سنة ١٤١٣هـ /١٩٩٣م .

وجد فيها حكماً قضى به ، وإلا جمع لها علماء الناس واستشارهم وأخذ بما أجمعوا عليه ، فتكون مرتبة الإجماع هي الثالثة بعد الكتاب والسنة .

(٤) ذكر سفيان الثوري عن الشيباني عن الشعبي عن شريح أن عمر كتب إليه : إذا وجدت شيئاً في كتاب الله فاقض به ، ولاتلتفت إلى غيره ، وإن أتاك شيئاً ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله ﷺ ، فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن رسول الله ﷺ ، فاقض بما أجمع عليه الناس ، وإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخير إلا خيراً لك^(١) وفي رواية البيهقي " ما اجتمع عليه الناس فخذ به "^(٢) وذكره ابن القيم بلفظ " فإن لم يكن فأنت بالخيار : فإن شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وإن شئت أن تؤمرني ولا أرى مؤامرتك إياي إلا خيراً لك والسلام "^(٣) .

وجه الدلالة :

أن الإمام عمر - رضي الله عنه - قد بين لقاضيه شريحاً الأئمة التي يرجع إليها في معرفة حكم الواقعة التي تعرض عليه ، ووضع ترتيب هذه الأئمة بأنها الكتاب ثم السنة ثم ما أجمع عليه الناس ، وعلى هذا تكون مرتبة الإجماع هي الثالثة فيما تقدم من روايات عن الإمام عمر .

(١) ينظر : سنن النسائي ٢٣١/٨ .

(٢) ينظر : سنن البيهقي ١١٥/١٠ .

(٣) ينظر : أعلام الموقعين ٦٥/١ .

وهناك رواية أخرى عن الدارمي بلفظ " وما يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك واستشر أهل العلم والسلام عليكم " .

المقارنة بين هذه الرواية وغيرها من الروايات الأخرى :

نرى بأن الروايات السابقة على رواية الدارمي تقدم العمل بالإجماع - الذي هو اجتهد جماعى - فى حالة عدم وجود الحكم فى الكتاب والسنة ، بينما قدم النص الثانى - أى رواية للدارمي - العمل بالرأى وهو اجتهد فردى .

الراجع فى نظرنا :

هو الأول ، لأن رأى الفرد عرضة للخطأ والذلل ورأى الجماعة إلى الحق أقرب ، ولهذا دعا الإمام عمر قاضيه شريحاً إلى التخرج من القول بالرأى ما أمكن ، وظهر ذلك واضحاً فى قوله له " وما أرى التأخير إلا خيراً لك " حتى لا يقدم عليه المرء وهو خائف أن يخطئ فيكون عرضة لعدم إصابة للحق .

(٥) قال عبد الرحمن بن زيد أكثروا على عبد الله ذات يوم ، فقال عبد الله : إنه قد أتى زمان ولمنا نقص ، ولمنا هنالك ، ثم إن الله عز وجل قدر علينا : أن بلغنا ملثرون ، فمن عرض لكم منه قضاء بعد اليوم ، فليقض بما جاء فى كتاب الله ، فإن جاء أمر ليس فى كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه ﷺ ، فإن جاء أمر ليس فى كتاب الله ولا قضى به نبيه فليقض بما قضى به للصالحون ، فإن جاء أمر ليس فى كتاب الله ولا قضى به نبيه ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه : ولا يقول إني أخاف

وإني أخاف ، فإن الحلال بين والحرام بين ، وبين ذلك أمور مشتبّهات ، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك^(١) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث ظاهرة : كتب عمر بن عبد العزيز - رضى الله عنه - إلى عروة بن الزبير كتبت إلى تسألني عن القضاء بين الناس ، وإن رأس القضاء : إتباع ما في كتاب الله ، ثم القضاء بسنة رسول الله ﷺ ، ثم بحكمة أئمة الهدى ، ثم استشارة ذوى العلم والرأى^(٢) ذكره ابن عبد البر ، فجميع للنصوص السابقة تدل على أن الإجماع يأتي في المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة .

تعارض الإجماع مع غيره من الأدلة

الأثر المترتب على بيان مرتبة الإجماع من بين مصادر التشريع الإسلامي يظهر في حالة تعارض الإجماع مع غيره من المصادر ، فأيهما يقدم ؟

هذا وسوف نقف في بيان تعارض الإجماع مع المصادر التشريعية على بيان تعارضه مع نص من الكتاب أو السنة ، وتعارضه مع الإجماع ، أو القياس ، وذلك بحسب ما تسمح به الطاقة ومايسغنى به الوقت .

(١) رواه النسائي وقال هذا الحديث جيد ، وجاء مثله عن عبد الله بن مسعود (ينظر : سنن النسائي

٢٣٠/ط دار الهلال الحديث بالقاهرة ، سنة ١٤٠٧هـ/١٩٩٧م ، وسنن الدرر ٥٩/١) .

(٢) ينظر : حجة السنة ١/د/ عبد الغنى عبد الحافظ ، ص ٣٥٨ .

أولاً : تعارض الإجماع مع نص من الكتاب أو السنة :

إذا تعارض الإجماع مع نص من الكتاب أو السنة

قال إمام الحرمين :

ولو فرضنا خبراً متواتراً ، وقد انعقد الإجماع على خلافه ، فتصويره عسر ، فإنه غير واقع ولكن على التقدير نقول : لو فرض ذلك فالتعلق بالإجماع أولى ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ويتطرق إلى الخبر إمكان النسخ فيحمل الأمر على ذلك قطعاً ولا وجه غيره ونقطع بذلك فإن قيل : الخبر المتواتر من الأدلة القاطعة ، وكذا الإجماع فلما قدمتم الإجماع ؟

قلنا : لأن الخبر عرضة لقبول النسخ ، والإجماع لا ينعقد متأخراً إلا على قطع فلا يتصور حصول الإجماع على باطل ، وتطرق النسخ إلى الخبر ممكن فالوجه حمل الإجماع على القطع الكائن ، وحمل الخبر إلى مقتضى النسخ ، والمستحيل حصول الإجماع على حكم مع خبر نص على مناقضته مع الإجماع على أنه - أى الخبر - غير منسوخ فهذا مما لا يتصور وقوعه^(١) ويمثل ما قال الإمام للجويني قال الإمام الغزالي والجلال المحلى وغيرهما .

فهذا هو الإمام الغزالي يقول : في بيان ترتيب الأدلة ، يجب على المجتهد في كل مسألة أن يرد نظره إلى النفي الأصلي قبل ورود الشرع ، ثم يبحث عن الأدلة السمعية المغيرة ، فينظر أول شيء في الإجماع ، فإن وجد في المسألة إجماعاً ترك النظر في الكتاب والسنة ، فإنهما يقبلان

(١) ينظر : التعارض والتراجع وأثرهما في الفقه الإسلامي أ.د / محمد الحفناوي ص ١٦٥ .

النسخ والإجماع لا يقبله ، فالإجماع على خلاف ما في الكتاب والسنة دليل قاطع على النسخ إذ لا تجتمع الأمة على الخطأ . أ.هـ^(١)

ويقول الجلال المحلى : وأنه - أى الإجماع - لا يعارضه دليل قطعى ولا ظنى^(٢) .

ويقول صاحب شرح مسلم الثبوت : الإجماع مرجح ، ومقدم على الكل عند معارضته إياها (أى النصوص) لأنه لا يكون منسوخاً بكتاب أو سنة ، ولا يكون باطلاً فتعين أن يكون الكتاب أو السنة ، ولو كان متواتراً منسوخاً ، والإجماع كاشف عند النسخ ، فعند الآيتين أو السنتين ، ووجود الإجماع يعمل بما وافقه الإجماع ويجعل ناسخاً لما خالفه ، فقد ترجح بترجيح قطعى ، والكلام فيما لا ترجيح فيه ولم يكن هناك الإجماع^(٣) .

ومن خلال ما تقدم من أقوال العلماء نستطيع أن نقول : إذا تعارض الإجماع مع نص من الكتاب أو السنة قدم الإجماع^(٤) لما يأتى :
١ - كونه صريحاً قطعياً معصوماً عن الخطأ ، لأن الأدلة أثبتت أن الأمة لا تجتمع على ضلالة وذلك بخلاف للنص ، فإنه إن كان من الكتاب جاز أن يكون ظاهراً غير صريح أو مؤولاً فانتفت القطعية فى

(١) ينظر : المستصفى للإمام الغزالي ٣٩٢/٢٢ طبعة الأموية يولاي سنة ١٣٢٢ هـ ، وحجية السنة أ.د/ محمد فرغلى ص ٤٧٨ .

(٢) ينظر : شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ٢/ ٢٠٠ ، ٢٠١ .

(٣) ينظر : شرح مسلم الثبوت ٤٠١/٢ .

(٤) يجب أن يعلم بأن من قال من العلماء بتقديم الإجماع بجميع أنواعه على جميع الأدلة فإنه يريد بذلك تقديم الإجماع فيما إذا استدل به كتاب أو سنة ، أما ما استدل به غيره من قياس أو كان متقولاً بغير الواحد ، وهو ظنى ، فيمكن تقديم النص القاطع عليه إذا خالفه (ينظر : حجية الإجماع أ.د/ محمد فرغلى ص ٤٨٠) .

دلالته، وإذا كان من السنن فإن كان متواتراً احتمل ما احتمله القرآن،
وإن كان آحاداً لحتمل مع ذلك الظن في طريقه .

٢ - كونه آمناً من النسخ والتأويل ، بخلاف النص فإنه يحتملها^(١) ،
وعلى ذلك لا يمكن أن يكون إجماعاً في أمر يخالف الكتاب والسنة ،
ولا يتصور ذلك ولم يقع في التاريخ الإسلامي ما يؤيده أو يصح أن
يكون مثلاً له .

هذا وقد ذهب بعض العلماء إلى القول بتقديم النص القطعي على
الإجماع وقالوا : إن المجتهد يجب عليه أن ينظر أولاً في الكتاب ومثله
السنة المتواترة فإن وجد نص فيهما على حكم المسألة التي يريد حكمها
لا ينظر إلى دليل آخر ، وعليه إذا وجد تعارض فهو في الظاهر فقط .

ومن أدلتهم على ذلك :

أن حجية الإجماع إنما تثبت بالنص من الكتاب والسنة فهو - أي
النص - أصل الإجماع ، ومن ثم فلا يجوز تقديم الإجماع الذي هو فرع
على النص الذي يعتبر أصلاً له^(٢) .

وأجيب عن هذا : بأن كون الإجماع فرعاً إنما هو لنصوص
مخصوصة لقوله تعالى " ومن يشاقق الرسول " الآية ، وغير ذلك مما يدل
على حجية الإجماع لأن الإجماع فرع لجميع النصوص ، ولا النصوص
المعارضة لها حتى يلزم تقديم الفرع على الأصل .

(١) ينظر : تيسير التحرير ٢٢٨/٣ ، والتقريب والتحصيل ٨٥/٣ .

(٢) ينظر : الفقيه والمتفقه للمصطفى البغدادي ٢١٩/١ ، ٢٢١ ، طبعة سنة ١٤٠٠ هـ .

التوفيق بين الرأيين :

يمكن التوفيق بين الرأيين - وذلك على تسليم وقوع تعارض بين الإجماع والنص - بأنه يقدم إجماع الصحابة القولى أو السكوتى المنقول نقلاً متواتراً على جميع النصوص ولو قطعية ، وكذا يقدم إجماع الأمة القولى فى أى عصر على غيره وعليه يحمل القول بتقديم الإجماع على النصوص مطلقاً كما ذهب إليه بعض العلماء والذين على رأسهم إمام الحرمين والإمام الغزالى والمحلى وغيرهم .

أما أصحاب رأى الثانى القائلين بتقديم النص على الإجماع فيحمل قولهم على بعض النصوص بمعنى أن بعض النصوص القطعية يقدم على بعض أنواع الإجماع كالإجماع السكوتى أو القولى المنقول بالأحاد ، وبذلك يقيّد إطلاق ماورد منهم من تقديم النص مطلقاً على الإجماع وبهذا يجمع بين الرأيين - والله أعلم - .

ومن أمثلة التعارض الظاهرى بين النص والإجماع مايتأتى :

قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " ^(١) فالآية عامة فى بيان حكم كل قاذف سواء كان حراً أو عبداً ، وذلك لأن كلمة الذين من صيغ العموم فتشمل بعمومها الحر والعبد ولكن الإجماع منعقد على أن العبد يجلد أربعين جلدة ، حيث إن حد العبد دائماً على النصف من حد الحر وعليه فتعارض الآية مع الإجماع ، غير أنه ممكن الجمع والتوفيق بينهما بجعل الإجماع مخصصاً للعموم الوارد فى

(١) سورة النور من الآية (٤) .

الآية ، ويجعل العام مستعملاً فيما عدا ما دل الإجماع على خلاقه ، وبهذا يوفق بينهما^(١) .

ثانياً : تعارض الإجماع مع الإجماع :

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : لا يصح أن يقع إجماع ثانى بعد الإجماع الأول :

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

ماروى عنه عليه السلام من أخبار تقدم ذكرها .. تفيد عصمة الأمة عن الخطأ عند الاجتماع ، وإذا ثبت هذا يكون الإجماع الثانى المخالف للأول باطلاً إذ ليس بعد الحق إلا الضلال .

ولهذا قال بعض العلماء : إذا انعقد إجماعان متضادان فالمعمول به هو السابق من الاجماعين يعنى اذا تساويا - أما اذا لم يتساويا الاجماعين بأن كان أحدهما مختلفاً فيه ، والآخر متفقاً عليه نقدم المتفق عليه على المختلف فيه^(٢) .

رأينا في هذا :

نقول : إنه يجوز فرضاً ان يقع إجماعاً لاحق بعد إجماع سابق ، لكن الإجماع اللاحق إن كان معارضاً للأول كان باطلاً ، لأن من شروط صحة الإجماع أن يكون أهل الإجماع عارفين بمواقع الإجماع السابق

^(١) ينظر : التعارض والتراجع وأثرهما في الفقه الإسلامى أ.د/ عماد الحفناوى ص ١٦٥ طبعة دار الفناء بالمنصورة .

^(٢) ينظر : الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ص ٢٢٧ ط / السنة المحمدية .

عليهم ، وعليه فإن أجمعوا على خلافه يكون إجماعهم باطل اللهم إلا إذا كان مستند الأول إلى المصلحة وقد تغيرت .

المذهب الثاني :

يصح أن يوجد إجماع بعد إجماع تقدمه إذا لم يصرحوا - أي أهل الإجماع - بأن لا يقع إجماع بعدهم ، وهذا مذهب بعض العلماء منهم عبدالله البصري من المعتزلة .

واستدلوا على ذلك بالآتي :

أن الإجماع الأول مشروط بعدم إجماع بعده ، فإذا طرأ إجماع بعده بطل العمل بالإجماع الأول لانتهائه بإنتهائه شرطه ، فإذا صرحوا بأن لا يصلح إجماع بعد إجماعهم لم يصلح بعدهم ، وحيث لم يشترطوا فيصلح أن يوجد إجماع بعد إجماع سابق وهو المطلوب .

ونوقش هذا :

بأن الأدلة الموجبة لحجية الإجماع مطلقة - لم تفرق بين إجماع صرحوا فيه أهله بأن لا يصح إجماع بعده ، وبين إجماع لم يصرحوا فيه بذلك - فتقيدهما .

لا دليل عليه فيكون باطلاً ، أضف إلى ذلك : أن الشرط لا دليل عليه ، وكل شرط لا دليل عليه لا يعتبر ، فشرط عدم جواز إجماع لاحق لإجماع سابق بالتصريح بذلك باطل .

وعلى ذلك يكون المذهب الأول هو الراجح لسلامة أدلتهم عن المعارض والمناقشة وضعف أدلة أصحاب المذهب الثاني والرد عليها^(١) .

ثالثاً : تعارض الإجماع مع القياس :

من الظاهر الذى لا يحتاج إلى تنبيه أن القياس إذا عارض الإجماع يكون فاسد الاعتبار .

ومن خلال مائص عليه الجراعى نقول : إن الإجماع لا يتعارض مع القياس لكون القياس فى معارضته يعتبر فاسداً ، ولا يتعارض الفاسد مع الصحيح^(٢) .

(١) ينظر : الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ص ٢٢٧ ، وشرح طلحة الشمسى ٨٥/٢ على الألفية المسماة

بالأصول ، وحجة الإجماع أ.د/ محمد فرغلى ص ٤٨٢ وما بعدها .

(٢) ينظر : ماسبق من مراجع بنفس الصفحات .

أنواع الإجماع وحجية كل نوع

للإجماع نوعان :

١ - إجماع صريح

٢ - إجماع سكوتي

١ - الإجماع الصريح :

وهو اتفاق جميع المجتهدين على حكم واحد في المسألة المطروحة بإبداء كل فرد رأيه بالقول أو الفعل .

أما القول فالأمر فيه واضح ، وهو أن يقولوا جميعاً ، أن الحكم في المسألة الفلانية هو الوجوب أو الندب مثلاً ، ولما للفعل فهو قضاء المجتهد في الحادثة المطروحة بقضاء أو بفتوى ، ثم يجئ مجتهد ثان تعرض عليه نفس الحادثة أو مثلاً ، فيقضى فيها بما قضى الأول ، ثم يجئ ثالث فيفعل ذلك ، وهكذا حتى يصبح الرأي متفقاً عليه من جميع المجتهدين .

٢ - الإجماع السكوتي :

وهو إبداء بعض المجتهدين رأيه في المسألة المعروضة^(١) ، وسكوت الباقيين عن موافقته أو مخالفته مع بلوغه لكل منهم ، ومضى مهلة النظر عادة ، أي مضى فترة كافية للبحث وتكوين الرأي .

^(١) وكذا الفعل : أي إذا فعل واحد من أهل الإجماع فعلاً وعلم به أهل زمانه ولم ينكر عليه أحداً بعد مضى مدة التأمل يكون ذلك إجماعاً منهم على إباحة الفعل ويسمى هذا إجماعاً سكوتياً أيضاً (ينظر : كشف الأسرار على أصول البرهوى ٢٢٧/٣) .

هذا : وإن بعض العلماء قد سمي الإجماع الصريح عزيمة ، أى الأمر الأصلي فى الإجماع وسمى الإجماع السكوتى رخصة ، لأنه جعل إجماعاً للإحتراز عن نسبة الساكتين إلى الفسق والتقصير فى أمر الدين ، لأن الساكت عن الحق شيطان أخرس^(١) .

الشروط التى يجب توافرها فى الإجماع السكوتى :

لا بد فى الإجماع السكوتى من توافر الشروط الآتية :

- (١) أن يظهر القول أو الفعل وينتشر حتى لا يخفى على الساكت .
- (٢) أن تمضى مدة التأمل والنظر فى حكم الحادثة . لأن السكوت وترك الإنكار قبل مضى مدة للتأمل حلال شرعاً فلا يدل على الرضا - ومدة التأمل تختلف باختلاف الحوادث ، ففى بعضها تكفى المدة القصيرة ، وفى بعضها لا بد من مدة طويلة للبحث .
- (٣) أن يكون ترك الرد والإنكار فى غير حالة النقية ، لأن الرضا وترك النكير فى حالة النقية أمر معتاد ، بل أمر مشروع رخصة ، فلا يدل ذلك على الرضا .
- (٤) أن يكون قبل أن تستقر المذاهب^(٢) .

حجية الإجماع الصريح :

اختلف العلماء فى حجية الإجماع الصريح على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب أكثر العلماء إلى أن الإجماع الصريح حجة .

(١) ينظر : للرجع السابق .

(٢) ينظر : تيسر التحرير ٢٤٦/٣ ، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ٢٢٨/٣ ، ومسلم الثبوت ٢٣٢/٢ .

المذهب الثاني :

وذهب بعض الشيعة ، وبعض الخوارج ، والنظام من المعتزلة إلى عدم حجيته ولم يقتصرُوا على هذا الإجماع فى عدم حجّيته بل أنكروا حجّية الإجماع بنوعيه .

الأدلة :

أولاً : أدلة أكثر العلماء :

استدل أكثر العلماء على حجّية الإجماع الصريح بأدلة منها :

١ - قوله تعالى "واعصوا مجل الله جميعاً ولا تفرقوا" ^(١) .

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه وتعالى نهى عن التفرق بقوله تعالى ((ولا تفرقوا)) ومخالفة الإجماع مخالفة منهياً عنها ، وإذا كانت المخالفة منهياً عنها تكون حراماً ، لأن النهى يقتضى الحرمة وإذا كانت حراماً كان الإجماع حجة ، لأنه لو لم يكن حجة لما كانت مخالفته حراماً .

٢ - قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول

وأولى الأمر منكم" ^(٢)

^(١) سورة آل عمران من الآية (١٠٣) .

^(٢) سورة النساء من الآية (٥٩) .

وجه الدلالة :

أن طاعة أولى الأمر واجبة بصريح الآية ، والأمر معناه الشأن ، فالآية توجب طاعة أولى الشأن ، وهو عام يشمل الشأن الديني والشأن الدنيوي ، فأولى الأمر في الدين يجب طاعتهم كما يجب طاعة ولاة الأمر في الدنيا ، فإذا أجمع ولاة الأمر الديني وهم المجتهدون على رأى وجب اتباعه بنص القرآن الكريم ، ولا يكون هذا الإجماع واجب الاتباع إلا إذا كان حجة^(١) .

٣ - قوله ﷺ " لا تجتمع أمتي على ضلالة " ^(٢) .

٤ - قوله ﷺ " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " ^(٣) .
فهذان نصان صريحان في حجية الإجماع .

(١) ينظر : التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي ٣/٣٥٧ طبعة

(٢) سبق تفريجه في ص ٣ .

(٣) رواه الإمام أحمد في كتاب السنة وليس في مسنده كما وهم عن ابن مسعود " يلفظ " إن الله نظر في قلوب العباد فأختار له أصحاباً ، فجعلهم أنصار دينه ووزراء فيه ، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح " وهو موقوف وحسن .

وأخرجه البراز والطبراني والبيهقي في الاعتقاد عن ابن مسعود أيضاً ، وقال الحافظ بن الهادي ، روى مرفوعاً عن أنس بإسناد ساقط ، والأصح عن ابن مسعود .

(ينظر : كشف الحقائق للمجلوني ٢/٢٦٣ طبعة التراث الاسلامي جلب ، ومجمع الزوائد للهيتمي ١/١٧٧ ،

١٧٨ طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت) .

تانياً : أدلة أصحاب المذهب الثاني :

استدل بعض الشيعة ومن وافقهم على عدم حجية الإجماع بنوعيه بما يأتي:

١ - هو أن النبي ﷺ لما أرسل معاذاً إلى اليمن قال كيف تصنع إن عرض لك قضاء قال : اقضى بما في كتاب الله قال فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو قال معاذ : فضرب رسول الله ﷺ صدرى وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله ^(١) .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ لما سأل معاذاً عن الأدلة التي يستند إليها في قضائه لم يذكر الإجماع ، وقد أقره رسول الله ﷺ على ذلك بقوله: الحمد لله الذي وفق رسول الله ، فلو كان الإجماع دليلاً يصح الاعتماد عليه في التشريع لما أقره للنبي عليه السلام مع الحاجة الماسة إليه في القضاء .

ونوقش هذا :

بأن الإجماع ، اتفاق مجتهدي الأمة ... بعد وفاته ﷺ أما في حياته فلا إجماع ، لأنه ﷺ هو المصدر في معرفة حكم الله فيما يقع من حوادث ^(٢) .

^(١) تقدم غريبه في ص ٢٦ .

^(٢) ينظر : الإحكام للأمامي ١/ ٢٩١ .

الرأى الراجح فى نظرنا :

مما سبق يتضح لنا رجحان الرأى للقائل بحجية الإجماع الصريح لقوة أدلة أصحابه التى استندوا إليها ، ومناقشة أدلة خصومهم بما يجعل دعواهم عارية عن الدليل والدعوى المدعمة بالدليل خير من العارية عنه .

حجية الإجماع الصريح عند القائلين به بين القطعية والظنية :

ذهب بعض الحنفية منهم للدبوسى وشمس الأئمة : إلى أن حجية الإجماع الصريح قطعية ، أى أنه يكون مفيداً للحكم على سبيل القطع واليقين لكن بشرط أن ينقل إلينا نقلاً متواتراً ، أما إذا نقل إلينا بطريق الأحاد ، فإنه يكون مفيداً للحكم على سبيل الظن^(١) . وقال جماعة منهم الرازى والآمدى : أنه لايفيد إلا الظن^(٢) . وقال البزدوى وجماعة من الحنفية : الإجماع مراتب ، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر ، وإجماع من بعدهم بمنزلة المشهور من الأحاديث ، والإجماع الذى سبق فيه الخلاف فى العصر السابق بمنزلة خبر الواحد ، واختار بعضهم فى الكل أنه يوجب العمل لا العلم فهذه مذاهب أربعة^(٣) . أ.هـ

(١) ينظر : إرشاد الفحول للإمام الشوكانى ص ١٤٥ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ١/١٧٢ .

(٣) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى ٣/٢٦١ ، والتقرير والتصحيح ٣/٨٣ .

حجية الإجماع السكوتي :

اختلف العلماء في حجية الإجماع السكوتي على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أن الإجماع السكوتي إجماعاً وحجة ، وبه قال أكثر الحنفية والمالكية وأحمد وبعض الشافعية وجماعة من أهل الأصول^(١).

المذهب الثاني :

ويرى أن الإجماع السكوتي ليس إجماع ولا حجة ، وبه قال طائفة من العلماء منهم داود الظاهري وابنه ، والمرتضى وأبو عبدالله ، واختاره القاضي الباقلاني وعزاه إلى الشافعي^(٢) .

الأدلة :

استدل أصحاب هذا المذهب بما يأتي :

قالوا إن سكوت العلماء في مثل ذلك يظن منه الموافقة عادة ، لأن النطق من كل أهل الفتوى متعذر ، والمعروف أن الذي يتولى الفتوى الكبار ويسلم الباقون .

ولهذا قال الإمام السرخسي :

أنه لو شرط لإتخاذ الإجماع للتصحيح من كل واحد منهم على قوله وإظهار الموافقة مع الآخرين لأدى إلى أن لاينعقد الإجماع

(١) ينظر : فتاوح الرحموت بشرح مسلم المختصر ٢/٢٣٢ ، والإحكام للأمدى ١/٢١٤ ، وأحكام النصول

للهاجي ص ٤٧٣ وما بعدها ، وروضة الناظر ص ١٣٤ .

(٢) ينظر : التحول للإمام الغزالي ص ٣١٨ تحقيق د/ محمد حسن هيتو ، والبرهان لإمام الحرمين ١/٧٠١ .

أبداً ، لأنه لا يتصور اجتماع أهل للعصر كلهم على قول يسمع ذلك منهم إلا نادراً ، وفي العادة إنما يكون ذلك بانتشار الفتوى من البعض وسكوت الباقيين^(١) . هـ.

ثانياً أدلة أصحاب المذهب الثاني :

استدل أصحاب هذا المذهب بما يأتي :

قالوا إن سكوت باقي المجتهدين كما يدل على الموافقة يدل على عدم الموافقة في الرأي إذ يجوز أن يكون منشأ السكوت خوف الضرر أو مهابة القائل ، أو أنه لم يجتهد في المسألة المطروحة ، فالسكوت لا يدل على الرضا والموافقة .

ونوقش هذا :

بأن الغالب كون سكوت الباقيين للموافقة ، أما احتمال كون السكوت لأمر آخر فذلك بعيد ، فالسلف الصالح كان لا يخشى في الله لومة لائم ، فهذا معاذ بن جبل يرد على عمر بن الخطاب حين أراد جلد الحامل التي ثبت زناها ويقول له : إن جعل الله لك على ظهرها سيلاً ، فلن يجعل لك على ماقى بطنها سيلاً ، وحينئذ يرجع عمر إلى قول معاذ ويقول : لولا معاذ لهلك عمر^(٢) .

(١) ينظر : أصول السرعسي ٣٠٥/١ تحقيق أبو الوفا الأصفهاني ط بيروت لبنان سنة ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م.

(٢) ينظر : أصول الفقه أ. د/ محمد زكريا البردي ص ٢٢٢ طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٨٣ .

٢ - بحديث ذى اليمين^(١) وفيه أنه لما قال : أقصرت الصلاة أم نسيت
يارسول الله نظر رسول الله ﷺ إلى أبي بكر وعمر - رضى الله
عنهما - وقال : احق مايقول ذو اليمين .

وجه الاستدلال :

أنه لو كان السكوت دليل على الموافقة لاكتفى به رسول
الله ﷺ : ولما استنطقهم فى الصلاة من غير حاجة ، فدل ذلك على
أن السكوت ليس رضا ، فلا يكون إجماعاً ولا حجة .

ونوقش هذا :

بأن سكوتهم كان اكتفاء منهم بكلام ذى اليمين ، لأنهم كانوا
مثله فى أنهم لايدرون أيهما وقع ، فلما نفى ذلك بقوله : كل ذلك لم
يكن وطلب منه الجواب كان لهم الكلام^(٢) .

^(١) رواه أبو هريرة ولفظه " عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال : صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
وصلاة العصر ، فلم من ركعتين ، فقام إلى خشية معروضة تلى للمسجد فاتكأ عليها كأنه غضبان ، ووضع
يده اليمنى على اليسرى ، وخبط بين أصابعه ووضع يده الأيمن على ظهر كفه اليسرى ، وفى القوم أبو بكر
وعمر - رضوان الله عليهما - فهاباه أن يكلماه ، وفى القوم رجل فى يده طول يقال له ، ذو اليمين قال
يارسول الله : أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فقال : كل ذلك لم يكن فقال : قد كان بعض ذلك ، نأقيل على
الناس فقال : أصدق ذو اليمين ؟ قالوا : نعم فتقدم فصلى ما ترك ثم سلم ، ثم كبر وسجد سجوداً أو أطول ،
ثم رفع رأسه ، وكبر ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع وكبر . وقال : عمران بن حصن ثم سلم
(ينظر : مصباح السنة للإمام البيهقى ٧٠/١) .

^(٢) ينظر : أصول السرخسى ٣٠٧/١ .

وبهذا يتبين لنا أن المذهب الأول هو الراجح لقوة أدلته . لكن يجب أن ننبه ههنا على أمر وهو أن أصحاب هذا المذهب اختلفوا في نوع الحجية :

فذهب غالب الحنفية : إلى أن الإجماع السكوتي حجة قطعية ، لأن الأدلة التي نطقت بحجية الإجماع لم تفرق بين الإجماع الصريح والإجماع السكوتي وذهب للكرخي من الحنفية والآمدی من الشافعية إلى أن الإجماع السكوتي حجة ظنية لأن السكوت يحتمل أن يكون للموافقة أو لأمر آخر ، ومع هذا الاحتمال لا يفيد الإجماع السكوتي يقين بل يفيد الظن^(١) .

﴿ إنكار حكم الإجماع ﴾

قال بعض الأصوليين :

إنكار حكم الإجماع للقطعي - أي الصريح - المنقول إلينا بطريق التواتر كإجماع الصحابة ، فإنه يكون كفراً ، لأن إنكاره يتضمن إنكار دليل قاطع وهو يتضمن إنكار صدق الرسول ﷺ وذلك كفر ، أما إذا نقل إلينا بطريق الآحاد أو كان إجماعاً سكوتياً فلا يحكم بكفر منكر هذه الأنواع وقالت طائفة : ليس بكفر ، لأن دليل حجية الإجماع ليس قطعياً فيكون ظنياً فلا يفيد العلم وإنكار ما هو كذلك ليس بكفر ، وفصل بعض العلماء فقال : إن كان الحكم المجمع عليه من ضروريات الدين بحيث يشترك الخاصة والعامة في معرفته كتحریم السرقة والزنا ، فإنكاره كفر ، أما إن

(١) ينظر : الإحكام للأمدی ٢٥٥/١ ، وأصول المحضری ص ٢٧٤ ، ط دار الفكر ، ونهاية السؤل ٣٨٦/٢ .

كان الحكم المجمع عليه مما تتفرد الخاصة بمعرفته كاشراك بنت الإبن مع البنت في السدس تكملة للثنتين ، وتقديم القاطع على المظنون وما إلى ذلك ، فإنكاره لا يكون كفراً قال الشيخ محمد الخضرى : وإطلاق القول بتكفير منكر حكم الإجماع ليس بصحيح وقال إمام الحرمين : فشافى لسان الفقهاء أن خارق الإجماع يكفر ، وهو باطل قطعاً ، فإن منكر أصل الإجماع لا يكفر ، والقول فى التكفير ليس بالهين ، نعم من اعترف بالإجماع ، وأقر بصدق المجمعين فى النقل ، ثم أنكر ما أجمعوا عليه كان هذا التكنيب آيلاً إلى الشرع ومن كفر الشارع كفر ، والقول الضابط فيه : أن من أنكر طريقاً فى ثبوت الشرع لم يكفر ، ومن اعترف بكون الشئ من الشرع ثم جده كان منكر للشرع ، وإنكار جزء من الشرع كإنكاره كله ، وهو كلام وجيه^(١) . أ.هـ.

(١) ينظر فيما سبق : كشف الأسرار على أصول البردوى ٢١٦/٣ ، وأصول الشيخ الخضرى ص ٢٧٤ وما بعدها.

﴿ نتائج البحث ﴾

بعد إلقاء الضوء على بيان مرتبة الإجماع من بين مصادر التشريع الإسلامي يتضح لنا ما يأتي :

١ - أن الإجماع مصدر هام من مصادر التشريع الإسلامي يأتي في المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة .

٢ - مع تعدد وسائل الإعلام والاتصال بين دول العالم الإسلامي والتي منها نظام الإنترنت "ENTERNET" في هذا الوقت من الزمن لا يكدأ تحدث فيه واقعة في أقصى الأماكن إلا وتعم جميع أرجاء المعمورة ومن هنا يمكن لجميع المجتهدين في أنحاء العالم أن يقطعوا برأى فيما يطرح من أمور وحينئذ يصلون فيها إلى رأى سديد يجمعون عليه - ومن هذا المنطلق يدرك المتقول على هذا المصدر من مصادر التشريع بأن الحق ليس في جانبه - وإننا نهيب بمجمع البحوث الإسلامية أن يوالى هذا الأمر (الإجماع) اهتماماً حتى لا يترك الناس حيارى لا يعرفون بعض أحكام معاملتهم ، وفي مصر رائدة العالم الإسلامي علماء الأزهر الشريف .

هذا ونطلب من الله العلى التقدير أن نكون قد وفقنا فيما قصدنا فشكراً لله على ما أنعم وهو حسبنا ونعم الوكيل .

﴿ أهم مراجع البحث ﴾

أولاً : القرآن الكريم :

ثانياً : كتب السنة :

- ١ - سنن ابن ماجه للإمام أبي عبد الله ابن ماجه القزويني ، ت سنة ٢٧٥هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط / دار الفكر ، بيروت .
- ٢ - سنن أبي داود للإمام سليمان الأشعث ، ت ٢٧٥هـ ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، ط / المكتبة التجارية الكبرى بمصر .
- ٣ - سنن البيهقي الكبرى للإمام أحمد بن الحسين البيهقي ، ت ٤٥٨هـ ، ط / دار المعرفة ، بيروت .
- ٤ - سنن الترمذي للإمام أبي عيسى الترمذي ، ت ٢٩٩٧هـ ، ط / مصطفى الحلبي .
- ٥ - سنن الدارمي للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي ، ت ٢٢٥هـ ، ط / دار الفكر ، بيروت .
- ٦ - سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي ، ت ٣٠٣هـ ، ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٧ - صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، ت ٢٥٦هـ ، ط / مطابع الشعب .
- ٨ - كشف الخفاء للعجلوني ، ط / التراث الإسلامي ، حلب .

ثالثاً : كتب الأصول ومراجع أخرى :

- ٩ - البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، ت ٤٧٨هـ ، ط / دار الأنصار بالقاهرة .
- ١٠ - التوضيح لمتن التتقيح لصدر الشريعة ، ط / صبيح .
- ١١ - التقرير والتحبير على متن التحرير لابن أمير الحاج ، ت ٨٧٩هـ ، ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ١٢ - الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الأمدي ، ت ٦٣١هـ ، ط / مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع .
- ١٣ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني ، ت ١٢٥٠هـ ، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدرى ، ط / مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة ٤١٢هـ .
- ١٤ - أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى ، ت ٤٩٠هـ ، ط / دار المعرفة ، بيروت ، سنة ١٤١٤هـ .
- ١٥ - أصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير ، ط / دار التأليف بالقاهرة .
- ١٦ - أصول الفقه للشيخ محمد للخضرى ، ط / دار الفكر ، الطبعة السابعة ، سنة ١٤٠١هـ .
- ١٧ - أصول الفقه أ.د / سلامة مذكور ، ط / دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م .
- ١٨ - أصول الفقه أ.د / محمد زكريا الرديسى ، ط / دار الثقافة للنشر ، سنة ١٩٨٣م .
- ١٩ - الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ، ط / السنة المحمدية .

- ٢٠- المحصول في أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي ، ت ٦٠٦هـ ، تحقيق د/طه فياض ، ط / الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧٩م ، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود .
- ٢١- المنحول للإمام محمد الغزالي ، تحقيق د/ محمد حسن هيتو .
- ٢٢- المستقصى من علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، ت ٥٠٥هـ ، الطبعة للثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٢٣- الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق الشاطبي ، ت ٧٩٠هـ ، ط / محمد علي صبيح .
- ٢٤- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى شرح كتاب مختصر التحرير لكمال الدين بن الهمام ، ت ٨٦١هـ ، ط / مصطفى الحلبي .
- ٢٥- جمع الجوامع مع حاشية البناني نتاج الدين السوكي ، ت ٧٧١هـ ، ط/ مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر ، الدوحة - قطر .
- ٢٦- حجية الإجماع أ.د/ محمد محمود فرغلي ، ط / دار الكتاب الجامعي بالقاهرة ، سنة ١٩٧١م .
- ٢٧- شرح الأسنوى للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الأسنوى ، ت ٧٧٢هـ ، ط / محمد علي صبيح .
- ٢٨- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضي عضد الملة والدين الإيجي ، ت ٧٥٦هـ ، مراجعة د/ شعبان محمد إسماعيل ، ط / للكتليات الأزهرية ، سنة ١٣٩٤هـ .
- ٢٩- شرح مسلم الثبوت لمحب الله ابن عبد الشكور ، ت ١١١٩هـ ، ط/ دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان مع المستقصى .

٣٠- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين ابن عبد العزيز بن أحمد البخارى ، ط / دار الكتاب العربى ، بيروت .

٣١- منتهى السؤل فى علم الأصول للآمدى ، ط / على صبيح وأولاده بالقاهرة .

رابعاً : كتب اللغة :

٣٢- المصباح المنير للفيومى ، ط / بيروت - لبنان .

٣٣- المعجم الوسيط ، ط / دار المعارف .

٣٤- لسان العرب لابن منظور ، ط / دار المعارف بمصر .

٣٥- مختار الصحاح ، ط / دار المعارف بمصر .

محتويات البحث

الصفحة	الموضوع
١٣	مقدمة
١٤	تمهيد
١٧	تعريف الإجماع
٣٦	الأدلة الدالة على مرتبة الإجماع
٤٣	تعارض الإجماع مع غيره من الأدلة
٥١	أنواع الإجماع وحجية كل نوع
٦١	انكار حكم الإجماع
٦٢	نتائج البحث
٦٣	أهم مراجع البحث
٦٧	محتويات البحث

بحث فى العام عند الأصوليين

إعداد
دكتور / منتصر محمد عبد الشافى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

العام عند الأصوليين

الحمد لله رب العالمين ، نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور
أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، انه من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضل
فلن تجد له ولياً مرشداً .
وأصلى وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى
وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد ..

فقد اهتم علماء أصول الفقه بموضوع " أوجه وطرق الدلالات
وكيفية افادتها للأحكام " باعتبارها وسيلة المجتهدين في استنباط الأحكام
وفق ضوابط وقواعد يؤمن بواسطتها الوصول إلى الحكم منسوباً نسبة
صحيحة إلى الشرع الحكيم " .

وان مبحث " اللفظ العام " من أهم مباحث أقسام اللفظ ، من حيث
كيفية دلالاته على المعنى الموضوع له ، وهو مما يحتاج إلى فهمه المدارس
والمجتهد ، للوقوف على مناهج الاستنباط وتقرير الأحكام ، أو للاستنباط
بالفعل .

وسنقتصر هنا على أهم مواضيع العام التى لها ارتباط بمناهج الاستنباط وبناء الأحكام ، ولها فى ذات الوقت أثر فى الواقع الاجتهادى والعملى ، ولذا احتاج البحث إلى ذكر الأمثلة لبيان أثر الخلاف فى مسائل العام فى النصوص الشرعية .

والهدف من البحث عرض موضوع " للعام " كما هو فى كتب أصول الفقه ، مع اسناد الآراء إلى أصحابها حسب المذاهب المعتمدة ، بعد تحرير عبارته واستخلاص الراجح من مسائله عند الخلاف .

وفى ذات الوقت الربط بين النظر والتطبيق بالأمثلة ، وبيان أثر الخلاف ما أمكن .

ولقد قسمت هذا البحث إلى أربعة عشر مبحثاً :

- | | |
|-----------------|--------------------------------------|
| المبحث الأول : | تعريف العام فى اللغة وفى الاصطلاح . |
| المبحث الثانى : | ألفاظ العموم . |
| المبحث الثالث : | دلالة العام . |
| المبحث الرابع : | ثمرة الخلاف فى دلالة العام . |
| المبحث الخامس : | أنسام العام . |
| المبحث السادس : | تخصيص العام . |
| المبحث السابع : | للعام بعد التخصيص . |
| المبحث الثامن : | العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . |
| المبحث التاسع : | هل يعمل بالعام قبل البحث عن المخصص؟. |
| المبحث العاشر : | عموم مقتضى . |

- المبحث الحادى عشر : ترك الاستئصال فى حكاية الحال .
المبحث الثانى عشر : الخطاب الخاص بالرسول صلى الله عليه وسلم هل يتناول الأمة وعكسه .
المبحث الثالث عشر : المخاطب هل يدخل فى عموم خطابه .
المبحث الرابع عشر : جمع المذكر السالم هل يتناول الاناث ؟.

دكتور

منتصر محمد عبد الشافى

المبحث الأول

تعريف العام في اللغة وفي الاصطلاح

العام في اللغة :

مأخوذ من العموم ، وهو الشمول ، يقال : عم المطر البلاد إذا شملها ، وعمهم العدل والصلاح : أى شملهم ، وعم الخصب : أى شمل البلاد أو الأعيان^(١) .

والعام في اصطلاح الأصوليين :

اختلف علماء الأصول في تعريف العام ، فمنهم من عرفه بأنه : اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له من غير حصر^(٢) .

ومنهم من عرفه بأنه : اللفظ الواحد الدال من جهة واحدة على شيئين فصاعداً^(٣) .

ومنهم من عرفه بأنه : لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر^(٤) .

(١) لسان العرب لابن منظور - باب العين - مادة عم ٣١١٢/٤ ، طبعة دار المعارف ، المصباح المنير - كتاب

العين - مادة عم ص ١٦٣ ، طبعة بيروت - لبنان ، أصول السرخسي ٢٥/١ ، طبعة أولى سنة ١٩٩٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ارشاد النحول للشوكاني ص ١١٢ ، طبعة أول ، مطبعة مصطفى الحلبي .

(٢) البحر المحیط للإمام الزركشي ٥/٣ طبعة ثانية ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م ، دار الصفوة بالفرقة .

(٣) المستصفى للإمام الغزالي ٣٢/٢ ، طبعة ثانية دار الكتب العلمية ، بيروت .

(٤) حاشية العطار على جمع الجوامع ٥٠٥/١ - ٥٠٦ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

ومنهم من عرفه بأنه : اللفظ الموضوع وضعاً واحداً دالاً على كثير غير محصور ، مستغرق جميع ما يصلح له^(١) .

وذلك مثل قوله سبحانه وتعالى "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"^(٢) ، فلفظ السارق هنا عام يشمل كل سارق ، ولا يدل على الحصر في عدد معين .

ومثل كلمة "الرجال" فهو لفظ عام لدلالته من حيث وضعه في اللغة على شمول جميع أفراد وأحاده دفعة واحدة .

ومن هذا يتبين لنا : أن العام يستغرق جميع ما يصلح له ، وموضوع لكثير غير محصور ، ومستغرق لأفراده دفعة واحدة ، والمراد بكونه دفعة واحدة : إخراج اللفظ الموضوع لعدد كثير غير محصور ، لكنه يدل عليه على سبيل البذل ، لا دفعة واحدة ، كلفظ "رجال" فإذا قلت: رأيت رجالاً ، فلا يفيد اللفظ أنك رأيت كل من هو رجل ، بالرغم من أن اللفظ يشمل كل رجل إلا أن شموله له على سبيل البذل ، لا الشمول دفعة واحدة .

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ١٨١/٢ ، طبعة سنة ١٩٦٧م ، دار الاتحاد العربي للطباعة بالقاهرة ، شرح المعتمد على مختصر المنهاج لابن الحاجب ٩٩/٢ ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٧٤م ، كشف الأسرار للإمام البخاري ٣٣/١ - طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، سنة ١٩٧٤م ، إرشاد الفحول للشوكاني ص ١١٢ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٣٨ .

وكذلك إذا كان اللفظ يستغرق أفراده لا بوضع واحد ، بل بأوضاع متعددة فإنه لا يكون من قبيل العام ، بل من قبيل المشترك كلفظ "العين" فإنه يدل على العين الباضرة ، والجارية ، والجاسوس ، والنقدين ، لكن دلالاته وإن كانت لمتعدد لكنها بأوضاع متعددة ، وأحوال متعددة في حين أن العام دل على أفراده للمتعددة بوضع واحد ، ودفعة واحدة .

مقارنة بين التعاريف :

لو نظرنا إلى التعريفات السابقة للعام نجد أنها لم تسلم من الاعتراض عليها ، حيث أن التعريف الأول وردت فيه عبارة " لجميع ما يصلح له " أى يصلح له اللفظ العام " كمن " فى العقلاء دون غيرهم ، و " كل " بحسب ما يدخل عليه ، لا أن عمومه فى جميع الأفراد مطلقاً .
إذاً يكون هذا للتعريف : قاصراً للعموم على الأفراد الصالحين دون غيرهم .

أما للتعريف الثانى : فيخرج منه لفظ المعلوم والمستحيل فإنه عام ومطلوبه ليس بشئ ، وأيضاً الموصولات مع صلاتها من جملة العام وليست بلفظ واحد .

وأيضاً هذا التعريف : يدخل فيه كل مثلى مع أنه ليس بعام .
وأما للتعريف الثالث : فقد ورد عليه مثل ماورد على التعريف الأول ، فلا داعى لتكراره .

والذى يترجح هو تعريف الإمام الرازى فى المحصول حيث قال :
للعام هو : اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد^(١) .

(١) المحصول للإمام الرازى ٣٥٣/١ ط / كولى سنة ١٩٨٨ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

يؤيد ذلك ما ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول حيث قال : وإذا عرفت ما قيل في حد العام علمت أن أحسن الحدود المذكورة هو ما قدمنا عن صاحب المحصول ، لكن مع زيادة قيد " دفعة " ، فالعام هو : اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة^(١) .

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ١١٢ .

المبحث الثاني

الفاظ العموم

ألفاظ العموم عند جمهور العلماء خمسة^(١) :

أولاً : كل وجميع ، وهذه الألفاظ تفيد العموم فيما يضافان إليه .

فمثال كل : قوله سبحانه وتعالى " كل نفس ذائقة الموت " ^(٢) ، وقوله

تعالى " كل امرئ بما كسب رهين " ^(٣) .

ومثال جميع : جميع طلبة الأزهر مسلمون ، وجميع من يأتي

أكرمه .

ومثل هذه الألفاظ في إفادة العموم " كافة " ، " وقاطبة " و " عامة " .

ثانياً : ألفاظ الجموع المعرفة بأل التي هي للجنس ، أو للإضافة ،

سواء كان جمعاً سالماً أو جمع تكسير .

ثالثاً : كلفظ " المحصنات " في قوله سبحانه وتعالى : " والذين

يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " ^(٤) .

^(١) المستصلى للفرزال ٣٥/٢ - ٣٦ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٠٢/٢ ، الاحكام للأمدى

١٨٣/٢ ، كشف الأسرار ٢/٢ ، فصول الأصول لخلفان بن جميل ص ١٤٦ ، طبعة وزارة التراث القومي والثقافة

بعمان سنة ١٩٨٢ ، ارشاد الفحول ص ١١٦ ، أصول الفقه للردبسي ص ٣٩٩ ، مطبعة دار الثقافة القاهرة

١٩٨٢ ، أصول الفقه الاسلامي لزكي الدين شعبان ص ٢٦٨ ، مطبعة دار نافع للطباعة والنشر .

^(٢) سورة آل عمران من الآية ١٨٥ .

^(٣) سورة الطور من الآية ٢١ .

^(٤) سورة النور من الآية ٤ .

وقوله " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " ^(١) ، وقوله " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين " ^(٢) .

فلفظ المحصنات ، والمطلقات ، والوالدات ، كلها تفيد الشمول والاستغراق لمساها .

والثانية : كلفظ " أمهاتكم " في قوله سبحانه وتعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم " ^(٣) ، وقوله " نساؤكم حرث لكم " ^(٤) ، وقوله " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " ^(٥) .

فلفظ أمهاتكم ، ونساؤكم ، ولولادكم ، جموع مضافة شاملة ومستغرقة لمساها .

ومثل الجمع اسم الجمع : كقوم ورهط .
مثال قوم : بدد الله قوماً على معصية الله اجتمعوا .
ومثال رهط : رضى الله عن رهط استقاموا .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٣ .

(٣) سورة النساء من الآية ٢٣ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٢٣ .

(٥) سورة النساء من الآية ١١ .

وذهب بعض الأصوليين إلى أن الجمع المنكر يفيد العموم أيضاً ،
مثل قولهم : رجال ومشركون وزيدون كما قال سبحانه وتعالى " وقالوا
مالنا لانرى رجالاً كنا نعدهم من الأشرار " (١) .

وبهذا قال الإمام الغزالي ، والجبائي ، والبرزوي ، وطائفة من
الحنفية (٢) .

ثالثاً : الأسماء الموصولة وأسماء الشرط وأسماء الاستفهام :

أما الأسماء الموصولة : فمثل قوله سبحانه وتعالى : " والله يسجد
من فى السموات والأرض " (٣) ، وقوله " وذروا ما بقى من الربا " (٤) ، وقوله
" وأحل لكم ما وراء ذلكم " (٥) ، وقوله : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم
شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين " (٦) ،
وقوله " واللاتى ينسن من الحيض من نسانكم " (٧) .

(١) سورة ص آية ٦٢ .

(٢) المستصفى للإمام الغزالي ٣٦/٢ ، المحصول للإمام الرازى ٣٨٧/٢ ، كشف الأسرار ٣/٢ ، تيسير التحرير
لمحمد أمين ٢٠٥/١ ، دهر الفكر للطباعة والنشر ، الأحكام للأمدى ١٩١/٢ .

(٣) سورة الرعد من الآية ١٥ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٨ .

(٥) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٦) سورة النور آية ٦ .

(٧) سورة الطلاق من الآية ٤ .

فإن لفظ " من " ، و " ما " و " الذين " و " اللاتى " من الأسماء الموصولة ، وهى عامة تشمل كل ماذكرت بصنده .

وأما أسماء للشرط : فكقوله سبحانه وتعالى " فمن شهد منكم الشهر فليصمه " ^(١) ، فإن لفظ " من " فيه اسم شرط وهو عام يفيد أن كل من شهد الشهر من المكلفين يجب عليه الصوم .

ومثل قوله سبحانه وتعالى : " وما تفعلوا من خير يعلمه الله " ^(٢) . فإن لفظ " ما " فيه اسم شرط وهو عام يفيد أن كل مايصدر عن الإنسان من الخير يعلمه الله .

وأما أسماء الاستفهام : فكقوله سبحانه وتعالى : " من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له " ^(٣) .

فمن هنا أفادت العموم ، فيضاعف الأجر لكل من يقرض الله قرضاً حسناً ، وكقوله " متى نصر الله " ^(٤) .

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٩٧ .

(٣) سورة الحديد من الآية ١١ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢١٤ .

رابعاً : المفرد المعرفة بأل والإضافة : مثل قوله سبحانه وتعالى " لا تَمْلُوا الصيد وأتم حرم ^(١) ، وقوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ^(٢) .

لفظ " الصيد " ، " والسارق " ، " والسارقة " مفرد محلى بالأكف واللام التي هي للجنس ، فيعم .

وقد يكون المفرد مضافاً فيعم أيضاً : مثل قوله سبحانه وتعالى " وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها ^(٣) فنعمة مفرد مضاف الى لفظ الجلالة فيعم كل نعمة .

وكقوله ﷺ في شأن البحر " هو للطهور ماؤه " ، الحل ميتته ^(٤) فان كلمة " ميتته " مفردة وهي مضافة الى الضمير العائد الى البحر ، فتدل على حل ميتة البحر مهما اختلفت أنواعها وتعددت أصنافها .

(١) سورة المائدة من الآية ٩٥ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٣٨ .

(٣) سورة ابراهيم من الآية ٣٤ .

(٤) رواه الامام أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجة عن أبي هريرة وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح - سنن ابي داود - كتاب الطهارة - باب الوضوء بماء البحر ٢١/١ ، طبعة دار احياء السنة النبوية ، سنن الترمذي - أبواب الطهارة باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور ١٠٠/١ - ١٠١ ، سنن النسائي بشرح الجلال كتاب الطهارة - باب ماء البحر ٥٠/١ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، سنن ابن ماجة - كتاب الطهارة - باب الوضوء بماء البحر ١٣٦/١ ، دار احياء الكتاب العربية للطبع .

خامساً : النكرة فى سياق النفى أو النهى أو الشرط :

أما النكرة فى سياق النفى فمثل قول النبي ﷺ "لا وصية لوارث"^(١)
فان كلمة " وصية " نكرة وهى واقعة بعد النفى فتفيد العموم ، وأن كل
وصية للوارث يشملها هذا للحكم ، وهو عدم الجواز .

وكقوله ﷺ " لا ربا الا فى ربا النسبة "^(٢) فان كلمة " ربا " نكرة
وهى واقعة بعد النفى فتفيد للعموم فى كل ربا .

وأما النهى : فكقوله سبحانه وتعالى " ولا تصل على أحد منهم مات
أبدأ "^(٣) فكلمة " أحد " نكرة وقعت بعد " لا " الناهية فأفادت العموم ،
وشمول كل واحد من المناقنين المقصودين بالآية .

(١) رواه الامام البيهقي والترمذي والامام أحمد وابن ماجة عن مجاهد السنن الكبرى - كتاب الوصايا - باب
نسخ الوصية للوالدين والأقربين الورثين ٢٦٤/٦ ط / دار للعرفة بيروت ، عارضة الأحوذى بشرح صحيح
الترمذي ٣٧٥/٨ ، دار الكتب العلمية بيروت ، مسند الامام أحمد ٢٣٨/٤ ، دار صادر بيروت ، سنن ابن ماجة
- كتاب الوصايا - باب لا وصية لوارث ٩٠٥/٢ .

(٢) أخرجه الامام البخارى وابن ماجة والامام أحمد عن اسامة بن زيد بلفظ " اما الربا فى النسبة " فتح البارى
بشرح صحيح البخارى ، كتاب البيوع - باب ٧٩ بيع الدينار بالدينار نساء ٣٨١/٤ - طبعة دار للعرفة بيروت ،
سنن ابن ماجة - كتاب التجارات - باب من قال لا ربا الا فى النسبة ٧٥٩/٢ - مطبعة عيسى الحلبي ، مسند
الامام أحمد ٢٠٠/٥ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، طبعة دار صادر بيروت .

وأما حديث اسامة " لا ربا الا فى النسبة " فقد قال قالون : انه منسوخ . صحيح مسلم بشرح
التلوي - باب الربا ٢٥/١١ ، دار الكتب العلمية بيروت .

(٣) سورة التوبة من الآية ٨٤ .

وأما الشرط : فكقوله سبحانه وتعالى " وان أحد من المشركين استجارك فأجره " (١) ، فكلمة " أحد " نكرة واقعة بعد " ان " الشرطية ، فأفادت العموم والشمول لكل مشرك .

أما إذا وردت النكرة في سياق الإثبات ، فلا تكون من ألفاظ العموم ، كقوله سبحانه وتعالى " ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة " (٢) فلفظ " بقرة " هنا نكرة في سياق الإثبات ، فلا أفاده فيه للعموم .

هذه هي صيغ وألفاظ العموم المتفق عليها عند جمهور العلماء ، ولكن وقع خلاف محصور في ثلاث مسائل ، حكاها الامام الغزالي :

الأولى : الفرق بين المعرف والمنكر ، فقال الجمهور لا فرق بين قولنا : اضربوا الرجال ، وبين قولنا : اضربوا رجالا ، واقتلوا المشركين واقتلوا مشركين .

وقال قوم : يدل المنكر على جمع غير معين ولا مقدر ، ولا يدل على الاستغراق ، واستظهر الامام الغزالي هذا الرأي .

الثانية : اختلفوا في الجمع المعرف بالآلف واللام ، كالسارقين والمشركين ، والفقراء ، والمساكين ، والعاملين ، فقال قوم : هو للاستغراق .

(١) سورة التوبة من الآية ٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٦٧ .

وقال قوم : هو لأقل الجمع ، ولا يحمل على الاستغراق الا بنليل ،
والأول أقوى وأليق بمذهب أرباب العموم ، وذلك : لعموم فائدته ، ولدلالة
اللفظ عليه ، يؤيد ذلك ما ذكره الامام الزركشى بعد أن حكى خلاف العلماء
فى الألف واللام إذا دخلت على جمع ... وظاهر كلام أكثر الأصوليين
أنها: تحمل على الاستغراق ، لعموم فائدته ، ولدلالة اللفظ عليه^(١) .

الثالثة : الاسم للمفرد اذا دخل عليه الألف واللام ، كقولهم :
الدينار خير من الدرهم ، فمنهم من قال : هو لتعريف الواحد فقط ، وذلك
فى تعريف المعهود .

وقال معظم الأصوليين : هو للاستغراق . وقال قوم منهم
الزمخشري يصلح للواحد وللجنس وبعض الجنس ، فهو مشترك .

وذهب قوم الى التوقف ، وقالوا : ان جميع هذه الألفاظ مشتركة ،
ولم يبق منها شئ للاستغراق ، حتى كل ، وكلما ، وأى ، والذى ، ومن ،
وما^(٢) .

والراجح : هو قول معظم الأصوليين ، لقول الزركشى والصحيح
ما ذهب إليه العامة بنليل قوله تعالى " إن الإنسان لفى خسر "^(٣) والمراد به
كل الجنس بنليل استثناء المؤمنين منه ، وكذلك قوله تعالى " لقد خلقنا

(١) البحر المحيط للزركشى ٨٨/٣ .

(٢) المستصنى للامام الغزالي ٣٧/٢ ، للسودة فى أصول الفقه ص ١٠٣ ، البحر المحيط ١٠٢/٣ .

(٣) سورة العصر آية ٢ .

الإنسان في أحسن تقويم^(١) إلى قوله "إلا الذين آمنوا"^(٢) وقوله تعالى "إن الإنسان خلق هلوعاً"^(٣) إلى قوله "إلا المصلين"^(٤) واستثناء المصلين دال على الاستغراق^(٥).

(١) سورة التين آية ٤ .

(٢) سورة التين من الآية ٧ .

(٣) سورة المعارج آية ١٩ .

(٤) سورة المعارج آية ٢٢ .

(٥) البحر المحيط ١٠٢/٣ .

المبحث الثالث

دلالة العام

العام نوعان " عام دخله للتخصيص ، و عام باق على عمومه لم يدخله التخصيص .

أما العام الذي دخله للتخصيص ، فلا نزاع بين العلماء في أنه يدل على الأفراد الباقية بعد التخصيص على سبيل الظن لا القطع ، لأن التخصيص لا يكون الا بدليل يدل عليه ، والغالب في الدليل الذي - يدل على التخصيص أن يكون معللاً ، وهذه العلة قد تتحقق في بعض الأفراد الباقية بعد التخصيص ، فتكون محتملة لخروجها عن دلالة العام ، ومع قيام هذا الاحتمال لا تكون دلالة العام على الأفراد الباقية بعد التخصيص قطعية بل ظنية .

وأما العام الباقي على عمومه ولم يدخله التخصيص فلا نزاع بين العلماء أيضاً في أنه يدل على جميع الأفراد التي يتحقق فيها معناه ، وأن الحكم الوارد عليه يكون ثابتاً لجميع ما يتناول من الأفراد .

وانما النزاع بينهم في صفة هذه الدلالة هل هي دلالة قطعية في الاستغراق والشمول أم ظنية ؟ .

فقال جمهور الأصوليين ومنهم الامام الشافعي : ان دلالة العام على أفراده ظنية ، فالدلالة ظاهرة في العموم ، وليست نصا يفيد القطع .

وقال جمهور الحنفية : ان دلالة العام على أفراده قطعية مالم يخصص منه البعض ، فان خص البعض كانت دلالاته على الباقي ظنية .

قال المرخسي : " المذهب عندنا أن العام موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً ، بمنزلة الخاص موجب للحكم فيما تناوله ، يستوى في ذلك الأمر والنهي والخبر ، الا فيما لا يمكن اعتبار العموم فيه لاتعدام محله ، فحينئذ يجب التوقف الى أن يتبين ما هو المراد به ببيان ظاهر بمنزلة المجمع^(١) .

وقال الجصاص : " مذهب أصحابنا القول بالعموم في الأخبار والأوامر جميعاً^(٢) .

وقال الكمال بن الهمام وشارحه محمد أمين : " أكثر الحنفية من جمهور العراقيين وعامة المتأخرين أنه قطعي ، بل قال عبد القادر البغدادي : انه مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وقواه فخر الاسلام البزدوي^(٣) .

وقد استدلل الامام الشافعي والجمهور لقولهم : بأن اللفظ العام يكثر تخصيصه حتى قيل : ما من عام الا وبخله التخصيص ، وهو في هذه الحال لا تكون دلالاته على استغراق وشمول أفراد قطعية .

(١) أصول السرعي ١٣٢/١ .

(٢) الفصول في الأصول ١٠١/١ .

(٣) تيسر فتنه ٢٦٧/١ .

قال الامام الشافعى : " العام مجرى على عمومه ، موجب للحكم فيما يتناوله ، مع ضرب شبهة فيه ، لاحتمال أن يكون المراد به الخصوص ، فلا يوجب الحكم قطعاً ، بل على تجوز أن يظهر معنى الخصوص فيه لقيام الدليل " (١) .

وقال أيضاً : " فانما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها .. فيخاطب بالثنى منه عاماً ظاهراً يراد به الظاهر .. وعاماً ظاهراً يراد به العام ويدخله الخاص .. وعاماً ظاهراً يراد به الخاص " (٢) .

واستدل الحنفية : بأن ألفاظ العموم استعملها العرب للدلالة على العام ، وماوضع لمعنى كان هذا المعنى حقيقة فيه ، فاذا أطلق اللفظ انصرف الى ماوضع له ، مالم يقم دليل على تخصيصه وقصره على بعض أفرادهِ .

وأما احتمال التخصيص الذى ذكره جمهور الأصوليين فانه يظل مجرد احتمال خال عن الدليل ، فلا ينافى كون اللفظ قطعياً فى مراده ، كما أن اللفظ الخاص ذاته والمتفق على أنه قطعى فى دلالاته يحتمل التأويل والمجاز ، ومع هذا الاحتمال لا يقال ان دلالاته ظنية ، بل هو قطعى الدلالة ، فاذا ورد دليل التخصيص فلا خلاف حينئذ فى أن دلالاته على مابقى من أفرادهِ ظنية (٣) .

(١) أصول الشافعى ١٣٢/١ .

(٢) الرسالة للإمام الشافعى ص ٥١ - ٥٢ ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، ط ثانية ، ١٩٧٩م ، دار التراث القاهرة .

(٣) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢٦٥/١ مع المستصنى - طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، أصول الشافعى ١٣٥/١ ، كشف الأسرار ٢٩١/١ .

والذى يترجح هنا هو قول الجمهور لقوة دليلهم ، ولأن استخدام ألفاظ العموم فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ولغة العرب يشير إلى ظنية العام من حيث دلالاته ، فلا يمكن القول أن الأصل فى دلالاته أن يكون قطعياً ، إذ هو محتمل للتخصيص ، بل غالب أمره أن يكون مخصوصاً .

كما لا يصح القول : أن ما ذكره جمهور الأصوليين هو مجرد احتمال للتخصيص ، فإن مجرد الاحتمال الناشئ عن دليل كاف فى إثبات ظنية العام .

وعلى هذا فتكون دلالة العام الذى لم يدخل التخصيص على الاستغراق والشمول ظنية ، وهو المطلوب .

المبحث الرابع

ثمرة الخلاف في دلالة العام

يتفرع على الخلاف بين العلماء في قطعية العام الذي لم يدخله التخصيص ، اختلاقهم في أمرين مهمين لهما أثر كبير في استنباط الأحكام.

أحدهما : في حكم تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد والقياس .
وثانيهما : في تعارض العام مع الخاص .

أولاً : تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد والقياس :
اختلف علماء الأصول في جواز تخصيص عام القرآن بخبر الآحاد والقياس إلى أربعة أقوال :

للقول الأول : انه يجوز تخصيص عام القرآن باللفظ الخاص من خبر الآحاد والقياس ، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين .

واستدلوا على ذلك : بأن عام القرآن ظني من حيث دلالاته ، وإن كان قطعياً من حيث ثبوته ، وخبر الآحاد وإن كان ظنياً من حيث ثبوته ، إلا أن دلالاته قطعية باعتباره خاصاً ، فيجمع بينهما بجواز تخصيص عام القرآن بخبر الآحاد .

وكذلك القياس وهو ظني إذا عارض عام القرآن ، لأنه ظني من حيث الدلالة فتعارض الدليلان ، فيجمع بينهما بجواز التخصيص^(١) .

القول الثاني : انه لايجوز تخصيص عام القرآن باللفظ الخاص من خبر الأحاد والقياس ، وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية .

واستدلوا على ذلك : بأن عام القرآن قطعي من حيث ثبوته ودلالته ، وخبر الأحاد ظني من حيث ثبوته ، وان كانت دلالاته قد تكون قطعية . وكذلك القياس لأن دلالاته ظنية .

وحيث ثبت أن كلا من خبر الأحاد والقياس ظني ، فلا يجوز تخصيص عام القرآن بهما ، لأن القطعي لا يصح تخصيصه بالظني^(٢) .

القول الثالث : التفصيل ، وهو لبعض الأصوليين ، وهؤلاء اختلفوا فيما بينهم : فذهب عيسى بن أبان إلى أنه ان كان عموم القرآن قد خص بدليل مقطوع به جاز تخصيصه بخبر الواحد ، وإلا فلا . وذهب الكرخي : إلى أنه إن كان قد خص بدليل منفصل لا متصل جاز تخصيصه بخبر الواحد ، وإلا فلا .

استدل الإمام الرازي لهذا القول فقال : فأما قول عيسى بن أبان والكرخي فمبنيان على حرف واحد وهو : ان العام المخصوص عند عيسى مجاز ، والعام المخصوص بالدليل المنفصل مجاز عند الكرخي ،

(١) المحصول للإمام الرازي ٤٣٢/١ وما بعدها ، الاحكام للأندى ٣٠١/٢ .

(٢) أصول للمرحومي ١٣٣/١ ، فوائح الرحوت شرح مسلم النير ٣٤٩/١ .

وإذا صار مجازاً صارت دلالاته مطنونة ، ومنته مقطوعاً ، وخبر الواحد : منته مظنون ، ودلالاته مقطوعة : فيحصل التعادل .
فأما قبل ذلك : فإنه حقيقة في العموم فيكون قاطعاً في منته ، وفي دلالاته ، فلا يجوز أن يرجح عليه المظنون^(١) .

القول الرابع : الوقف^(٢) ، وإلى هذا ذهب القاضي أبو بكر الباقلاني .
واستدل على ذلك بأنه : يقع التعارض في ذلك القدر الذي دل العموم على إثباته والخصوص على نفيه ، ويجرى اللفظ العام من الكتاب في بقية مسمياته ، لأن الكتاب أصله قطعي ، وقواه مظنون ، وخبر الواحد عكسه فيتعارضان ، فلا رجحان ، فيجب الوقف^(٣) .

والقول الرابع : هو القول الأول لقوة أدلته ، ولقول الامام الزركشي : ولكن الصحيح الجواز ، لإجماع الصحابة عليه في مسائل^(٤) .
وانبنى على الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف في بعض الفروع الفقهية منها :

١ - يحرم عند الحنفية الأكل من نبيحة المسلم إذا ترك التسمية عمداً لعموم قوله سبحانه وتعالى " ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه " ^(٥) فيؤى نهى يقتضى التحريم ، وهو عام باق على عمومه فيشمل حرمة الأكل من

(١) المحصول للإمام الرازي ٤٣٦/١ .

(٢) الاحكام في أصول الاحكام للأمدى ٣٠١/٢ ، المحصول للإمام الرازي ٤٣٢/١ ، ارشاد الفحول من ١٥٨ .

(٣) البحر المحيط للزركشي ٣٦٧/٣ - ٣٦٨ .

(٤) البحر المحيط ٣٦٨/٣ .

(٥) سورة الأنعام من الآية ١٢١ .

كل ما لم يذكر اسم الله عليه عند ذبحه عمداً كان أو نسياناً^(١) ، ونظراً لقطعيته لايجوز تخصيصه بخبر الأحاد والقياس ، لأنهما ظنيان فلا يعمل بهما مع القطع .

ويحل عند الشافعية الأكل ، لأن عموم الآية مخصوص بخير الأحاد ، وهو قول النبي ﷺ " ذبيحة المسلم حلال ، سمى أو لم يسم مالم يتعمد " (٢) .

وأيضاً : مخصوص بقياس العامد على للناسي ، فإن من نسي التسمية حال الذبح حلت ذبيحته بالاجماع ، فتحل ذبيحته عامداً بالقياس على للناسي (٣) .

٢ - تخصيص قوله سبحانه وتعالى : " يوصيكم الله في أولادكم

المذكر مثل حظ الأنثيين " (٤) بقول النبي ﷺ " لا يرث القاتل " (٥) ويقوله ﷺ

(١) غير أنهم أحازروا الأكل من الذبيحة إذا تركت التسمية عليها نسياناً ، إذ أنهم اعتصموا بالناسي ذاكراً حكماً فهو ليس ببارك ذكر اسم الله تعالى ، لأن الشارع الحكيم أقام في هذه الحالة للذة مقام الذكر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين الكاساني ٤٦/٥ - ٤٧ طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت .

(٢) رواه أبو داود في مراسيله بلفظ " ذبيحة للمسلم حلال ، ذكر اسم الله عليها لم لم يذكر " ورجاله موثقون - سبل السلام شرح بلوغ المرام للشيخ محمد الصنعاني ١٤١٣/٤ رقم ١٢٦٢ طبعة دار الجيل بمصر .

(٣) معنى المحتاج إل معرفة معاني ألفاظ للنهجا للشيخ محمد الشريتي ٢٧٢/٤ ، مطبعة عيسى الحلبي .

(٤) سورة النساء من الآية ١١ .

(٥) روه الترمذي ، وابن ماجة ، والداودي ، وابن تيمية عن الليث عن اسحاق بن عبد الله عن الزهري عن حميد عن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ " القاتل لا يرث " .

قال أبو عيسى : هذا حديث لا يصح لا يعرف الا من هذا الوجه ، واسحاق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل ، والعمل على هذا عند أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل ، والعمل على هذا عند أهل الحديث أن القاتل لا يرث كان القتل عمداً أو خطأ ، وقال بعضهم : إذا كان القتل خطأ =

"لايتوارث أهل ملتين شتى" (١) .

وقوله سبحانه وتعالى " حرمت عليكم الميتة " (٢) عام خصصه قول
النبي ﷺ " هو الطهور ماؤه الحل ميتته " (٣) ، وقوله سبحانه وتعالى
'وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين' (٤) عام
خصصه قوله ﷺ " لاتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها " (٥) (١) .

== ناله يرث ، وهو قول مالك . سنن الزمعي كتاب الفرائض - باب ما جاء في إبطال ميراث القتال ٤/٢٥٥ ، سنن
ابن ماجه - كتاب الفرائض - باب ميراث القتال ٢/٩١٣ ، سنن الدارمي كتاب الفرائض - باب ميراث القتال
٢/٣٨٤ ، متنى الأعيان لابن تيمية ، باب للقاتل لا يرث ٢/٤٧٣ ، طائفة ، سنة ١٩٧٩م ، دار الفكر .
(١) رواه أبو داود عن عبد الله بن عمرو - سنن أبي داود - كتاب الفرائض - باب هل يرث المسلم الكافر
٢/١٢٦ رقم ٢٩١١ - طبعة دار إحياء السنة النبوية .

ورواه ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ " لايتوارث أهل ملتين " - سنن ابن ماجه
كتاب الفرائض - باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ٢/٩١٢ .
(٢) سورة المائدة من الآية ٣ .

(٣) رواه الإمام أبو داود ، الزمعي ، النسائي ، وابن ماجه عن أبي هريرة ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن
صحيح - سنن أبي داود - كتاب الطهارة - باب الوضوء بماء البحر ١/٢١١ ، سنن الزمعي - أبواب الطهارة -
باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور ١/١٠٠ - ١٠١ ، سنن النسائي بشرح الحلال - كتاب الطهارة - باب ماء
البحر ١/٥٠ ، كتاب المياه - الوضوء بماء البحر ١/١٧٦ طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنن ابن ماجه ،
كتاب الطهارة - باب الوضوء بماء البحر ١/١٣٦ .
(٤) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٥) أخرجه الإمام البخاري ومسلم والزمعي عن أبي هريرة - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - كتاب
النكاح - باب لا تكح المرأة على عمتها ٩/١٦٠ ، صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب النكاح - باب تحريم
الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها في النكاح ٣/٥٦٤ - ٥٦٥ ، سنن الزمعي - كتاب النكاح - باب ما جاء
لا تكح المرأة على عمتها أو خالتها ٣/٤٢٤ .

(٦) الأحكام للأملى ٢/٣٠١ ، التبصرة ص ١٣٣ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١/٣٥١ .

ويرى الحنفية : أن ما أورده الجمهور من أحاديث هي من السنة المستفيضة أو المشهورة ، وهي تخصص عام القرآن ، أو مما ثبت بالاجماع ، أو أنه من العام الذي ثبت خصوصه بدليل قطعي ، فصارت دلالة ظنية ، فجاز تخصيصه بدليل ظني^(١) ، كما في قوله سبحانه وتعالى " وأحل لكم ما وراء ذلكم " ^(٢) فإنا " ما " لفظ عام يشمل المشركات وغيرهن ، ولكن خص بقوله سبحانه وتعالى " ولا تنكحوا المشركات " ^(٣) فصار بعد هذا التخصيص قابلاً للتخصيص بدليل ظني ، كخبر الأحاد من مثل قول النبي ﷺ " لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها " ^(٤) .

ثانياً : تعارض العام مع الخاص :

إذا دل لفظ العام على حكم معين ، ودل لفظ الخاص على خلاف هذا الحكم ، فهل يحكم بالتعارض بينهما أولاً ؟ وإذا اعتبر التعارض فهل يشمل ذلك كل مادل عليه لفظ للعام ، أم يقتصر على ما عارض لفظ الخاص ؟ .

(١) أصول الفقه ص ١٤٢/١ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٠٢/١ .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٢١ .

(٤) أصول الفقه محمد أبى زهرة ص ١٠٥ - طبع دار الثقافة العربية للطباعة بمصر .

اختلف الأصوليون في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه إذا تعارض لفظان عام وخاص فيبني العام على الخاص^(١) ، سواء علم المتقدم منهما أو لم يعلم ، وسواء علمت المقارنة بينهما أو لم تعلم ، وسواء كان العام متفقاً عليه والخاص مختلفاً فيه^(٢) ، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الغزالي والرازي والبيضاوي .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١ - أن الخاص أقوى من العام ، وذلك لأن الخاص يتناول الحكم بخصوصه على وجه لا احتمال فيه ، والعام يتناوله على وجه محتمل ، لأنه يجوز أن يكون المراد به غير ما تناوله الخاص بخصوصه ، فوجب أن يقدم عليه ، فهو أولى .

٢ - أن الأدلة إنما ترد للاستعمال وبناء الأحكام عليها ، وبناء العام على الخاص فيه أعمال للذليلين معاً ، وتقديم العام على الخاص فيه أعمال للعام ، وأعمال للخاص ، وأعمال للذليلين أولى من أهاليهما ، أو أهال أحدهما^(٣) .

(١) أحكام الفصول في أحكام الأصول للإمام الباجي ص ١٦٠ - طبعة أولى سنة ١٩٨٩م بيروت ، ارشاد الفحول للشركاني ص ١٦٣ ، طبعة أولى مطبعة مصطفى الحلبي .

(٢) للمستصفي للإمام الغزالي ١٠٢/٢ ، الإيهاج في شرح المنهاج ١٧٩/٢ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، أحكام الفصول في أحكام الأصول ص ١٦٠ ، المحصول للإمام الرازي ٤٤١/١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ .

(٣) أحكام الفصول للباجي ص ١٦١ ، الملحق للشرازي ص ١٩ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، المحصول ٤٤١/١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ .

القول الثاني : انه لا يقضى على العام بالخاص ، بل يتعارض الخاص ومقابلته من العام ، والى هذا ذهب بعض المتكلمين ، وبعض أهل الظاهر ، وأبو بكر الأشعر ، والذقاق^(١) .

واستدلوا على ذلك : بأن العام المتفق على استعماله أقوى من الخاص المختلف فيه ، فوجب تقديمه عليه .

وأجيب على ذلك : بأننا لا نسلم أن العام متفق على استعماله في العذر الذى يقابله من الخاص^(٢) .

القول الثالث : التفصيل فيما إذا تعارض العام والخاص ، وعلم المتقدم منهما ، أو علمت المقارنة ، أو جهلت ، وإلى هذا ذهب الحنفية .

قال عبد العزيز البخارى : إذا ورد العام والخاص فى حادثة وعرف تاريخهما ، كان الثانى ناسخاً ان كان هو العام ، ومخصصاً ان كان هو الخاص ... وان لم يعلم تاريخهما يجعل العام آخرّاً للاحتياط ، وكذلك الحكم إذا كان العام متفقاً عليه ، والخاص مختلفاً فيه ، فيجب تقديم العام المتفق عليه^(٣) .

فان علمت المقارنة فنقول بالتخصيص ، فما دل عليه الخاص لا يطبق فيه ما دل عليه حكم العام ، ويطبق حكم العام على ما بقى بعد التخصيص .

(١) اللام للشرارى ص ١٩ ، احكام الفصول ص ١٦١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ ، التبصرة ص ١٥١ .

(٢) احكام الفصول ص ١٦٣ ، التبصرة ص ١٥١ .

(٣) كشف الأسرار للبخارى ٢٩٢/١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ ، احكام الفصول ص ١٦١ .

فإن جهلت المقارنة أو التقدم والتأخر فيتوقف حينئذ ، وهذا خلاف ما عليه الجمهور حيث يعتبرون الخاص مخصصاً للعام مطلقاً .

واستدل الحنفية : بما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال : " كنا نأخذ بأمر رسول الله ﷺ بالأحدث فالأحدث " (١) .

وجه الاستدلال : أن الأخذ بالأحدث فالأحدث يعنى أن المتأخر أولى من المتقدم (٢) ، وهذا إنما يكون ينسخ للمتأخر للمتقدم ، فإن علمت المقارنة فلا نسخ لتخلف شرط تأخر النسخ ، فيكون الحكم حينئذ هو التخصيص لأن فيه اعمالاً للدليلين ، الخاص فيما يتأوله ، والعام فى الباقي بعد التخصيص ، وأما فى حال الجهل بالتاريخ ، فيتوقف ، لأن كلا من الخاص والعام قطعى ، فيتساقط الدليلان .

أجيب عن هذا : بأن الأخذ بالأحدث فالأحدث إنما يكون حسب ما يقتضيه ، والذي يقتضيه هو القدر الذى بقى معه التخصيص (٣) .

والقول الراجح هو قول الجمهور ، وذلك لقوة دليلهم ، لاسيما وأن الحنفية يعتبرون دلالة الخاص وكذا العام ، ويخالفهم غيرهم فى العام ، فالخاص متفق عليه بين العلماء ، والعام مختلف فيه ، وقول ابن عباس لا يعنى ما ذهبوا إليه فحسب ، لما يترتب عليه من تبعيض الأحكام ، فى

(١) رواه الإمام مسلم عن ابن عباس - صحيح مسلم بشرح النووي - جواز الصوم والفطر فى شهر رمضان للمسافر ٢٢٩/٧ - ٢٣١ .

(٢) انظر للإمام الرازى ٤٤٢/١ - ٤٤٤ .

(٣) التبعة للشوكرانى ص ١٥٤ .

حين أن الجمع بينهما ممكن ، ببناء العام على الخاص ، فإن كان الخبران خاصين أو عامين احتمل الأخذ بالأحدث فالأحدث ، ولعل هذا هو مراد الخبر .

ويترتب على هذا الخلاف بين الجمهور والحنفية بعد الآثار في الفروع الفقهية منها :

اشتراط ملك النصاب لوجوب الزكاة في الزروع والثمار وعدم اشتراطه حيث قال الشافعية - وهم من الجمهور - باشتراطه ، فلا تجب الزكاة عندهم الا اذا بلغ الزرع الناتج من الأرض خمسة أو سق^(١) .

وقال الحنفية : بعدم اشتراطه فتجب الزكاة عندهم في كل ما يخرج من الأرض قليلاً كان أو كثيراً .

والسبب في هذا الاختلاف يرجع الى وجود حديثين في هذه المسألة :

أحدهما عام : وهو قول النبي ﷺ " ماسقته السماء ففيه العشر ، وماسقى بالنضح نصف العشر " ^(٢) فإنه شامل لكل ما يخرج من الأرض

(١) السق مكبال مخصوص ويقدر بعشر كيلات مصرية ، فالحصة أو سق تبلغ خمسين كيلة بالكيل المصري ، وهي مقدار نصاب الزكاة في الزروع عند الجمهور من الفقهاء .

(٢) أخرجه الإمام البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي بروايات مختلفة عن سالم بن عبد الله ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري - كتاب الزكاة - باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري ٣/٣٤٧ ، صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الزكاة - باب العشر أو نصف العشر ٥٤/٧ - دار الكتب العلمية بيروت ، سنن أبي

قليلاً كان أو كثيراً ، ومقتضى هذا العموم وجوب العشر أو نصفه فى الزروع والثمار بدون تفرقة بين القليل والكثير .

وإتيهما خاص : وهو قول الرسول ﷺ " ليس فيما دون خمسة أو سبق صدقة ^(١) " فإنه لا يشمل القليل من الزروع والثمار وهو ما كان أقل من خمسة أو سبق ، ومقتضى هذا ألا يجب العشر فى الزروع والثمار التى تكون أقل من خمسة أو سبق ، ويجب فى الخمسة وما يزيد عليها .

فترتب على ذلك : اختلاف بين الحديثين فى للزروع والثمار التى تكون أقل من خمسة أو سبق ، فالحديث الأول يدل على وجوب الزكاة فيها ، والحديث الثانى يدل على نفي هذا الوجوب .

فالشافعية : ساروا على أصلهم فقدموا الخاص على العام وعملوا بموجبه وقالوا : لازكاة فيما دون خمسة أو سبق ^(٢) ، لأن دلالة الخاص قطعية ، فلا يعارض للعام ، لأن دلالة ظنية .

٢ : داود كتاب الزكاة - باب صدقة الزرع ١٠٨/٢ - دار إحياء السنة النبوية ، سنن الترمذى - كتاب الزكاة - باب صدقة الزروع والثمار ٥٨٠/١ - طبعة عيسى الحلبى .

^(١) رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن أبى سعيد الخدرى - فتح البارى رقم ٣٧٨/٢ ١٤٥٩ ، وباب ليس فيما دون خمسة أو سبق صدق رقم ١٤٨٤ ٤١٠/٣ ، صحيح مسلم - كتاب الزكاة ٦٧٤/٢ - ٦٧٥ ط / عيسى الحلبى ، سنن أبى داود - كتاب الزكاة - باب ما يجب فيه الزكاة رقم ١٥٥٨ - ١٥٥٩ ٩٤/٢ ، سنن الترمذى - كتاب الزكاة - باب ما جاء فى صدقة الزرع والثمار والحبوب رقم ٦٢٦ ١٣/٣ ، سنن النسائى - كتاب الزكاة - باب زكاة الرزق ٢٦/٥ ، سنن ابن ماجه - كتاب الزكاة - باب ما يجب فيه الزكاة من الأموال رقم ١٧٩٣ ٥٧١/١ .

^(٢) منى المحتاج للشريعى ٣٨٢/١ .

والحنفية ساروا أيضاً على أصلهم فقالوا : ان العام والخاص قد تعارضا في الزروع والثمار التي تكون أقل من خمسة أو سق ، ولم يعلم تاريخ ورودهما ، فيعمل بالراجح منهما ، والعام هو الراجح ، لأنه يفيد وجوب الزكاة في الزروع والثمار التي تكون أقل من خمسة أو سق^(١)، والخاص ينفي هذا الوجوب ، والاحتياط في الوجوب فيترجح مايدل عليه وهو العام .

والذي يترجح هو قول الجمهور ، لقوة دليلهم ، ولأن مادل عليه الخاص متفق على قطعيته عند الفريقين ، ولا يؤثر على هذه الدلالة تقدم الخاص على العام ، خصوصاً وأنه يمكن العمل بالدالتين حتى مع تقدم الخاص ، فلا فرق والحال هذه بين أن يكون المتقدم الخاص أو العام ، لضرورة أن دلالة الخاص قطعية لا احتمال معها ، فيبنى العام على الخاص في كل حال .

ولذا قال أبو اسحاق الشيرازي : " اذا لم يتقدم الخاص ، قضى به على العام ، لأنه يتناول الحكم بصريحه من غير احتمال ، والعموم يتناوله مع الاحتمال ، وهذا للمعنى موجود فيه ، وإن تقدم الخاص ، فوجب أن يقضى به " (٢) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥٩/٢ ، طبعة دار الكتاب العربي بيروت ، ط / ثانية سنة ١٩٨٢ م .

(٢) التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ١٥٣ - دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠ هـ .

المبحث الخامس

أقسام العام

ينقسم العام في القرآن الكريم إلى خمسة أقسام ، ويرجع هذا للتقسيم إلى وجود قرينة مع العام أو عدم وجودها .

القسم الأول : العام الذي يدل على العموم قطعاً ، وهو الذي اصطحب بقرينة تنفي احتمال تخصيصه^(١) ، مثل قوله سبحانه وتعالى "اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ"^(٢) ، وقوله تعالى " خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ "^(٣) ، وقوله تعالى " وما من دابة في الأرض الا على الله رزقها "^(٤) ، قال الشافعي : فهذا عام لا خاص فيه ، فكل شيء من سماء وأرض وذی روح وشجر وغير ذلك ، فالله خلقه ، وكل دابة فعلى الله رزقها ، ويعلم مستقرها ومستودعها^(٥) .

القسم الثاني : عام يراد به الخصوص قطعاً ، وهو الذي اصطحب بقرينة تدل على أنه يراد منه بعض الأفراد ، مثل قوله سبحانه وتعالى

(١) أصول الفقه للشيخ محمد زكريا المرديسي ص ٤٠٤ ، مطبعة دار التفاهة للنشر والتوزيع بمصر .

(٢) سورة الزمر آية ٦٢ .

(٣) سورة ابراهيم من الآية ٣٢ وفي آيات أخرى كثيرة .

(٤) سورة هود من الآية ٦ .

(٥) الرسالة للإمام الشافعي ص ٥٣ - ٥٤ .

"وَلَهُ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مِنْ اسْتِطَاعٍ إِلَيْهِ سَبِيلًا" ^(١) ، فالتناس في هذا النص عام أريد به خصوص المكلفين لأن العقل يقضى بخروج الصبيان والمجانين ^(٢) .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى "وَالْمُسْتَضَعِّينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمُ أَهْلُهَا" ^(٣) وقوله تعالى "حَتَّى إِذَا أَتَى أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلُهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا" ^(٤) ، قال الشافعي : وفي هذه الآية دلالة على أنهما لم يستطعما كل أهل قرية فهي في معناهما ، وفيها وفي "لِلْقَرْيَةِ الظَّالِمُ أَهْلُهَا" خصوص ، لأن كل أهل القرية لم يكن ظالماً ، فقد كان فيهم للمسلم ، ولكنهم كانوا فيها مكتثرين ، وكانوا فيها أهل ^(٥) ^(٦) .

^(١) سورة آل عمران من الآية ٩٧ .

^(٢) أصول الفقه للرديسي ص ٤٠٤ .

^(٣) سورة النساء من الآية ٧٥ .

^(٤) سورة الكهف من الآية ٧٧ .

^(٥) الرسالة للإمام الشافعي ص ٥٤ - ٥٥ .

^(٦) الفرق بين العام للخصوص والعام الذي أريد به الخصوص : أن العام للخصوص هو ما كان المراد منه هو الأكثر وما ليس بمراد هو الأقل . والعام الذي أريد به الخصوص : هو ما كان المراد منه الأقل ، وما ليس بمراد هو الأكثر ، فإذا أراد المتكلم باللفظ أولاً ما دل عليه ظاهراً المعموم ثم أخرج بعد ذلك بعض ما دل عليه اللفظ كان عاماً خصوصاً ، ولا يكون عاماً أريد به الخصوص . وعلى هذا فالعام للخصوص أعم من العام الذي أريد به الخصوص .
ترشد الفحول للشوكاني ص ١٤٠ ، البحر المحيط للزركشي ٢٤٩/٣ - ٢٥٠ .

القسم الثالث : العام المطلق ، وهو الذى لم تصحبه قرينة تنفى احتمال تخصيصه ، ولا قرينة تنفى دلالة على العموم ، وهذا ظاهر فى العموم حتى يقوم الدليل على التخصيص ، مثل قوله سبحانه وتعالى : "والمطلقات يترصن بأنفسهن ثلاثة قروء"^(١) ، فالآية تدل على العموم فى كل مطلقة حتى يرد دليل التخصيص^(٢) .

القسم الرابع : ماكان عام للظاهر ، وهو يجمع بين العام والخاص مثل قوله سبحانه وتعالى " انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله أتقاكم"^(٣) فبين الله تبارك وتعالى فى هذه الآية العموم والخصوص ، فأما العموم فى قوله تعالى : " انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا " فكل نفس خاطبت بهذا فى زمن رسول الله وقبله وبعده مخلوقة من ذكر وأنثى وكلها شعوب وقبائل .

وأما الخاص منها فى قوله تعالى " ان أكرمكم عند الله أتقاكم " لأن التقوى انما تكون على من عقلها ، وكان من أهلها للبالغين من بنى آدم ، دون المخلوقين من الدواب سواهم ، ودون المغلوبين على عقولهم منهم ، والأطفال الذين لم يبلغوا وعقل التقوى منهم^(٤) .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(٢) أصول الفقه للبرهسي ص ٤٠٤ ، أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي ١٨٢/١ .

(٣) سورة المصافات من الآية ١٣ .

(٤) الرسالة للإمام الشافعي ص ٥٦ - ٥٧ بتصريف .

القسم الخامس : العام المراد به كله للخاص ^(١) ، مثل قوله سبحانه وتعالى "الذين قال لهم الناس ان الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم فزادهم إيمانا وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل" ^(٢) .

فليس المراد من لفظ "الناس" الأولى كل الناس بل المراد واحد .

قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية : اختلف في قوله تعالى "الذين قال لهم الناس" فقال مجاهد ومقاتل وعكرمة والكلبي : نعيم ابن مسعود الأثنجي ، واللفظ عام ومعناه خاتص ، كقوله تعالى "أم يحسدون الناس" يعني محمداً ﷺ ^(٣) .

وكذا لفظ "الناس" الثاني المراد به : أنه جمع بعض الناس دون بعض .

(١) الرسالة ص ٥٨ .

(٢) سورة آل عمران آية ١٧٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي ٢٧٩/٤ - ٢٨٠ ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بمصر سنة

١٢٨٧هـ .

المبحث السادس

تخصيص العام

التخصيص فى اللغة : الافراد ، ومنه الخاصة^(١) .

أما التخصيص فى اصطلاح الأصوليين : فعرفه جمهور الأصوليين بأنه قصر العام على بعض أفرادها بدليل^(٢) . أو هو اخراج بعض مايتناوله الخطاب عنه^(٣) .

ومرادهم من هذه الإشارة إلى أن التخصيص بيان للعام فدليل التخصيص وضوح ويّين أن المراد من العام ليس كل مايشمله ، وإنما بعضه ، والتخصيص بين هذا البعض بحيث لايعطى حكم العام .

ويكون التخصيص عند جمهور الأصوليين بالدليل المستقل وغير المستقل ، ويكون بالدليل المقارن وغير المقارن ، ويكون أيضاً بالدليل اللفظى ، والعقلى ، والحسى ، كما سيأتى بيانه .

والتخصيص عند الحنفية : قصر العام على بعض أفرادها بدليل لفظى مستقل مقارن^(٤) .

(١) البحر المحيط للزركشى ٢٤١/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٤٢ .

(٢) شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع مع حاشية الطار ٣١/٢ ، شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع للشيخ السيوطى ص ٧٠٥ ، رسالة دكتوراه للباحث عمود عبد الرحمن عبد النعم .

(٣) المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢٣٤/١ - ٢٣٥ ، طبعة أول سنة ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية بيروت ، الإيهاج فى شرح المنهاج ١٢١/٢ مطبعة ندرتية بمصر سنة ١٩٨١م .

(٤) تيسر التحرير ٢٧١/١ - ٢٧٢ ، فواتح الرحموت شرح سلم الثبوت ٣٠٠/١ .

وهذا يشير إلى أن التخصيص ليس فيه اخراج لبعض مايتناوله العام بل هو بيان ان العام لم يكن شاملاً لهذه الأفراد ابتداءً ، وما أخرجه الدليل المخصص من العام لم يكن داخلاً فيه ابتداءً ، وبهذا يفارق التخصيص النسخ ، لأن النسخ كان مراداً لابتداءً ، ثم اقتضت المصلحة نسخة^(١) فقوله سبحانه وتعالى : " فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم " ^(٢) يدل على طلب قتل كل مشرك ، وقوله سبحانه وتعالى " وان أحد من المشركين استجارك فأجره " ^(٣) خصص الآية الأولى بطريق بيان أن المشركين في الآية لم يدخل فيه ابتداءً من طلب الإجارة والأمان .

والظنية يشترطون في التخصيص شروطاً لابد من توافرها وهي :

أولاً : أن يكون دليل التخصيص لفظياً ، فإذا كان قصر العام على بعض أفراد بطريق العقل أو الحس ، فلا يعد ذلك تخصيصاً للعام وثمره ذلك أن العام يبقى قطعياً على بعض أفراد بعد قصره بدليل العقل أو الحس .

ثانياً : أن يكون دليل التخصيص مستقلاً ، والمستقل هو ما لا يحتاج إلى غيره .

ثالثاً : أن يكون الدليل المخصص مقارناً للعام ، بحيث يصدران في وقت واحد ، فإذا علم تأخر أحدهما كان المتأخر ناسخاً للمتقدم ، فإذا كان

(١) أصول الفقه للدكتور / حسين حامد حسان ص ٤٣٧ ، طبعة دار النهضة العربية بمصر ، سنة ١٩٧٠ م .

(٢) سورة التوبة من الآية ٥ .

(٣) سورة التوبة من الآية ٦ .

المتأخر هو العام نسخ الخاص ، وإذا كان المتأخر هو الخاص كان ناسخاً للعام فيما دل عليه من أفراد .
وتكون دلالة العام حينئذ على الباقي بعد التخصيص دلالة ظنية^(١) .

دليل التخصيص وأنواعه :

إذا ورد لفظ عام فيحمل على عمومه ، إلا إذا قام الدليل على تخصيصه ، ولذا تكلم علماء الأصول في المخصص - بكسر الصاد - وأنواعه فقالوا : إن المخصص نوعان ، دليل متصل ، ودليل منفصل .

النوع الأول : دليل متصل ، أو مخصص متصل : وهو ما لا يستقل عن الكلام السابق ، بل يكون التكلم به متوقفاً على الكلام الذي اشتمل على المخصص^(٢) - بفتح الصاد - .

وينقسم إلى أربعة أنواع : الاستثناء ، والشرط ، والصفة ، والغاية^(٣) ، وزاد ابن الحاجب وشراح كتابه والقرافي بديل البعض من الكل^(٤) .

(١) تيسر التحرير ١/٢٧١ - ٢٧٢ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١/٣٠٠ ، أصول الفقه للدكتور / حسين حامد ص ٤٣٨ .

(٢) أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٦٣ ، طبعة دار الطباعة المحمدية بمصر القاهرة ، شرح الأستوى نهاية السؤل ٩٤/٢ .

(٣) شرح الأستوى نهاية السؤل ٩٤/٢ ، البحر المحيط للزركشي ٣/٢٧٣ ، المحصول للإمام الرازي ١/٤٠٦ ، ومابعدهما ، الإيهام في شرح المنهاج ٢/١٥١ ، ارشاد الفقحول ص ١٤٥ ، الاحكام للآمدي ٢/٢٦٤ .

(٤) شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ٢/١٣١ ، ١٣٢ ، مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة ، شرح المجال مع حاشية الطائر على جمع الجوامع ٤١/٢ ، ومابعدهما ، شرح الكوكب الساطع في نظم جمع الجوامع للسيوطي ص ٧١٤ ومابعدهما .

النوع الأول : الاستثناء المتصل : عرفه الأصوليين بتعريفات متعددة ، تقتصر منها على تعريف الإمام البيضاوي حيث عرفه بأنه :
الخراج بالا غير للصفة ونحوها^(١) .

مثاله : قوله سبحانه وتعالى : " والذين لا يدعون مع الله الهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق آثماً * يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً * إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيماً " (٢) .

فان الاستثناء هنا خصص عموم من يفعل للمحذور ، فاستثنى من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى : " من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان " (٣) .

فان هذا الاستثناء أخرج من عموم مقدم الآية الشامل لكل كفر ، الكفر الظاهر الذي يصدر بمجرد اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان ، مما يدل على أن الكفر الحرام هو الصادر عن رضا واختيار دون إكراه^(٤) .

(١) الانهاج في شرح المنهاج ١٥١/٢ ، شرح الاسنوي ، نهاية السؤل ٩٣/٢ - ٩٤ ، أصول الفقه للشيخ زهير . ٢٦٥/٢ .

(٢) سورة الفرقان آيات ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠ .

(٣) سورة النحل من الآية ١٠٦ .

(٤) أصول الفقه للدكتور وجبة الزحيلي ٢٦٣/١ ، طبعة أولى سنة ١٩٨٦ م - دار الفكر بدمشق .

شروط الاستثناء :

يشترط لصحة الاستثناء شروط : أحدها : الاتصال ، أى أن يكون المستثنى متصلاً بالمستثنى منه ، فلا يجوز الفصل بينهما بالزمن فصلاً تقضى العادة أن يكون الثانى غير مرتبط بالأول ، فاذا فصل المتكلم بين كلامه الأول باستثناء غير متصل بأن جاء بعده بزمان ، لم يصح الاستثناء ، كقولك : أكرم الناجحين ثم بعد ساعة قلت : الا محمداً .

وهذا الشرط ليس متفقاً عليه بل ذهب إلى إشتراطه جمهور العلماء من الشافعية والحنفية ، وخالف فى ذلك ابن عباس وسعيد بن جبير ومجاهد وعطاء والحسن البصرى .

ثانيهما : أن يكون المستثنى غير مستغرق للمستثنى منه ، فإن كان مستغرقاً له بحيث لم يبق من المستثنى منه شئ من أفرادها كان الاستثناء لغواً ، وكان العبارة بما نطق به أولاً ، فمن قال : على عشرة الا عشرة يعتبر كلامه لاغياً ، فتلزمه العشرة التى أقر بها أولاً .

وهذا الشرط متفق عليه بين العلماء الذين يعتقد برأيهم ، ولكن بعد اتفاق العلماء على ذلك ، اختلفوا فى المقدار الذى يبقى بعد الاستثناء على أقوال ثلاثة :^(١)

(١) البحر المحيط ٢٨٨/٣ وما بعدها ، المحصول ٤١٠/١ ، شرح الجلال مع حاشية المطار على جمع المجموع ٤٧/٢ ، السورة ص ١٣٨ - ١٣٩ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٤٤ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٧١/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٤٩ .

الأول : وهو لجمهور العلماء من الفقهاء والمتكلمين ، وهو المختار للإمام البيضاوى أن ذلك لا يحد بحد قلو بقى بعد الاستثناء واحد فقط كان الاستثناء صحيحاً .

الثانى : وهو للحنابلة : يشترط أن يكون الباقي بعد الاستثناء النصف أو أكثر من النصف ، فيجوز استثناء المساوى والأقل ، ولا يجوز استثناء الأكثر من النصف كالتثنيين .

الثالث : وهو أحد قولين للقاضى أبى بكر الباقلانى ، ونقله الأمدى عن الحنابلة ، يشترط أن يكون الباقي بعد الاستثناء أكثر من النصف ، فيجوز استثناء الأقل من النصف ، ولا يجوز استثناء النصف كما لا يجوز استثناء الأكثر من النصف ، والقول الثانى للقاضى مانقل عن الحنابلة أولاً .

الشرط الثالث : أن يقترن قصد المستثنى بأول الكلام ، فلو بدا له عقب الفراغ ، فالأصح المنع لانشائه بعد الوقوع ، وأن بدا له فى الإثناء فوجهان : أصحهما صحته .

الشرط الرابع : أن يلى الإستثناء للكلام بلا عاطف ، فأما إذا وليه بحرف اللطف نحو : عندى له عشرة دراهم ، والا درهما أو قال درهما كان لغواً ، قال الأمتاذ أبو اسحاق الاسفراينى ، بالاتفاق^(١) .

(١) الاحكام للأمدى ٢٦٧/٢ ، ٢٧٥ ، شرح الاسنوى نهاية السؤل ٩٧/٢ - ٩٨ ، شرح البدخشى منابع العقول ٩٥/٢ ، البحر المحیط ٢٨٤/٣ - ٢٩٣ ، التبصرة للشيرازى ص ١٦٢ ، المسودة ص ١٣٦ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٤٢ ، شرح الجلال مع حاشية الطار ٤٢/٢ ، وما يملها ، شرح العبد على مختصر ابن الحاجب

الاستثناء بعد الجمل :

إذا ذكرت جمل وعطف بعضها على بعض بحرف العطف مثل الواو أو نحوها ، ثم ذكر بعد هذه الجمل كلها استثناء بالـأو أو غيرها ، فهل يرجع هذا الاستثناء الى الجمل كلها أو يختص بالجملة الأخيرة ؟ اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال خمسة :

القول الأول : وهو لجمهور الشافعية واختاره البيضاوى أن الاستثناء يرجع الى الجمل كلها ولا يختص بالأخيرة .

القول الثانى : وهو للحنفية ، أن الاستثناء يختص بالجملة الأخيرة ولا يرجع الى غيرها من الجمل .

القول الثالث : وهو للمرتضى من الشيعة يتوقف حتى تقوم القرينة المعينة لأحد الأمرين ، لأن الاستثناء الواقع بعد الجمل مشترك لفظى بين رجوعه إلى الكل ورجوعه إلى الجملة الأخيرة ، والمشارك لا يعمل به فى أى فرد من أفراد الإلزامية .

القول الرابع : وهو للقاضى أبى بكر الباقلانى والغزالى من الشافعية يتوقف لعدم العلم بمطلوه ، فإنه لا يدرى أهو موضوع لرجوعه إلى الكل أو لرجوعه للجملة الأخيرة .

القول الخامس : وهو لأبى الحسين البصرى من المعتزلة ، أن كان بين الجمل تعلق وارتباط فى الحكم أو فى الاسم بأن يكون حكم الأولى

١٣٧/٢ - ١٣٨ ، المصنوع ٤٠٧/١ ، وما بعدها ، تيسر التحرير ٢٩٧/١ ، وسيدنا ، فوائد الرحموت شرح مسلم البيوت ٣٢١/١ ، وما بعدها .

مضمراً في الثانية ، أو يكون ضمير المحكوم عليه في الأولى موجوداً في الثانية ، مثل : أكرم الفقهاء والزهاد الا المبتدعة ، وأكرم الفقهاء وانفق عليهم إلا المبتدعة ، فان الاستثناء يرجع إلى الجميع ، وإن لم يكن بينها تعلق وارتباط اختص بالأخيرة فقط^(١) .

تحرير محل النزاع في العاطف :

بعد اتفاق الأصوليين على أن النزاع خاص بالاستثناء الواقع بعد الجمل المتعاطفة اختلفوا في العاطف ، هل هو خصوص الواو ، فإذا كان غيرها كالفاء ، أو ثم ، اختص الاستثناء بالجملة الأخيرة ؟ فذهب فريق إلى هذا : وهو خصوص العطف بالواو ، والا اختص بالأخيرة . وذهب فريق آخر إلى أن العاطف أعم من أن يكون الواو أو غيرها ، كالفاء ، وثم وحتى ، وبذلك يكون الخلاف عاماً في الجميع . واتفق الجميع على أن محل النزاع ، مالم يقم دليل على رجوعه إلى شئ معين ، والا عمل بمقتضى هذا الدليل ، فان قام الدليل على رجوعه إلى كل الجمل عمل به في الكل ، كقوله سبحانه وتعالى : " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو

(١) الاحكام للأندى ٢٧٨/٢ - ٢٨٠ ، البحر المحيط للزركشي ٣/٣٠٧ - ٣١١ ، للسردة ص ١٤٠ ، احكام الفصول للباحي ٢٧٧ - ٢٧٨ ، الابهاج في شرح المنهاج ٢/١٦٢ - ١٦٤ ، المحصول ١/٤١٣ - ٤١٤ ، تيسر التحرير ١/٣٠٢ ، المستصفى للقرافي ٢/١٧٧ ، للمحمد لأبي الحسين البصري ١/٢٤٦ ، شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب ٢/١٣٩ .

يصلبوا.... الآية^(١) مع قوله : " إلا الذين تابوا من قبل أن تُقدروا عليهم"^(٢) فإن الاستثناء راجع إلى الكل اتفاقاً .

وان قام الدليل على رجوعه إلى الأخيرة فقط عمل به ، كقوله سبحانه وتعالى : " ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا"^(٣) فإن الاستثناء راجع إلى الدية فقط اتفاقاً .

وان قام الدليل على رجوعه إلى الجملة الأولى فقط عمل به ، كقوله سبحانه وتعالى : " فلما فصل طالوت بالجنود قال ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فانه مني إلا من اغترف غرفة بيده"^(٤) فإن الاستثناء راجع إلى قوله " فمن شرب منه فليس مني " لأن المعنى إلا من اغترف غرفة بيده فانه مني ، ولا يصح رجوعه إلى قوله " ومن لم يطعمه فانه مني " والا كان المعنى إلا من اغترف بيده فليس مني ، وليس هذا مراداً^(٥) .

(١) سورة المائدة من الآية ٣٣ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٣٤ .

(٣) سورة النساء من الآية ٩٢ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٤٩ .

(٥) أصول الفقه للشيخ زهر ٢٨١/٢ ومابعدها ، شرح الجلال مع حاشية الطراز على جمع الجوامع ٥٣٢-٥٤٠ .

ثمرة الخلاف :

تفرع على الخلاف السابق قبول شهادة القاذف بعد التوبة عند غير الحنفية ، وعدم قبولها عند الحنفية .

ومنشأ هذا الخلاف هو رجوع الاستثناء فى الآية إلى غير الجملة الأخيرة ، وعدم رجوعه إليها ، فالله سبحانه وتعالى يقول : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون * إلا الذين تابوا ^(١) فنكر الاستثناء بعد جمل ثلاث هى : فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة ، وأولئك هم الفاسقون .

فقال الإمام الشافعى ومالك وأحمد : ان الاستثناء راجع إلى الجملة الثانية والثالثة ، ولا يرجع إلى الأولى لقيام الدليل على عدم رجوعه إليها ، وهو أن الجلد فى الزنا حق للأنمى وهو المقنوف وحق للأنمى لا يسقط بالتوبة ، ومتى رجع الاستثناء إلى الثانية والثالثة تقتضى ذلك أن الفسق يزول بالتوبة ، وأن للشهادة تقبل كذلك بعد توبة القاذف ^(٢).

وقال الإمام أبو حنيفة : الاستثناء يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط ، فالفسق يزول بالتوبة ولكن لا تقبل شهادة القاذف أبداً تاب أو لم يتب عملاً

^(١) سورة النور الآية ٤ ، وجزء من الآية ٥ .

^(٢) تكلمة المجموع شرح المذهب للمحقق محمد حسين الحقي ١٨/٤٧١ ، مطبعة الإمام بالقاهرة ، الشرح الكبير ومعه حاشية السوقي ١٥٤/٤ ، دار الفكر بيروت ، الفتى على الشرح الكبير لابن قدامة ٧٤/١٢ ، دار الكتاب العربى بيروت ، سنة ١٣٩٢ هـ .

بمقتضى الآية ، حيث لم يعد الاستثناء إلى الجملة الثانية كما لم يعد إلى الجملة الأولى^(١).

النوع الثاني : الشرط ، عرفه الأصوليون بتعريفات متعددة تقتصر منها على تعريف ابن المبكى حيث عرفه : بأنه ما يلزم من عدمه لعدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(٢) .

مثاله : قوله سبحانه وتعالى : " وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يقتلكم الذين كفروا " ^(٣) ، فقصر الصلاة هنا مقصور على حالة الخوف ، ولولا هذا الشرط لأفاد السياق العموم .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى : " ولكم نصف مآترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد " ^(٤) فالشرط وهو عدم الولد قصر استحقاق الأزواج نصف التركة على حالة عدم الولد للزوجة المتوفاة ، ولولا هذا الشرط لاستحق الأزواج النصف في كل الأحوال .

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٥/١٦ وما بعدها - طبعة دار المعرفة - بيروت - سنة ١٤٠٦ هـ .

(٢) شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٥٥/٢ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٦١ .

(٣) سورة النساء من الآية ١٠١ .

(٤) سورة النساء من الآية ١٢ .

النوع الثالث : الصفة ، المراد بالصفة : التابع المشتق الذى يقع نوعاً للموصوف^(١) .

مثالها : قوله سبحانه وتعالى : " وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن * فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم "^(٢) فلفظ النساء عام يشمل المدخول بها وغير المدخول بها ، ولكن الوصف بالدخول قصر المراد على للنساء المدخول بهن فحصب .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى : " ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من قياتكم المؤمنات "^(٣) ، فلفظ الفتيات عام يشمل كل الفتيات المؤمنات وغير المؤمنات ، فلما وصف بالمؤمنات صار مقصوراً على المؤمنات دون غيرهن .

النوع الرابع : الغاية ، وهى نهاية الشئ المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها ، ولها لفظان هما : حتى ، والى^(٤) .

ويشترط فيها لتكون مخصصة للعام أن يتقدمها لفظ يشمل ما بعدها لولاها ، كقوله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة

(١) أصول الفقه للشيخ زهر ٢٩٠/٢ .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٣ .

(٣) سورة النساء من الآية ٢٥ .

(٤) البحر المحيط للزركشى ٣/٣٤٤ ، ارشاد النحول ص ١٥٤ .

فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق^(١) قلولا الغاية وهي " إلى " لكان المطلوب غسل الأيدي إلى مابعد المرافق ، لأن لفظ " أيديكم " عام يشمل اليد إلى الرسغ ، ومن الرسغ إلى المرفق ، وإلى المنكب ، فخصصته الغاية إلى المرافق .

فإن لم يكن هناك لفظ سابق عليها يشملها ، فلا تكون مخصصة للعام ، وإنما تكون لتقرير العموم فيما قبلها ، وذلك كقوله سبحانه وتعالى " سلام هي حتى مطلع الفجر " ^(٢) .

النوع الثاني : تحليل منفصل ، أو مخصص منفصل : وهو ما استقل عن الكلام الذي دخله التخصيص ، بحيث لا يحتاج إليه في النطق به^(٣) .

وينقسم إلى ثلاثة أقسام : العقل ، والحس ، والدليل السمعي :

أولاً : العقل ، وصورة المسألة : أن صيغة العام إذا وردت واقتضى العام عدم تعميمها ، فيعلم من جهة العقل أن المراد بها خصوص مالا يحيله العقل ، وليس للمراد أن للعقل صلة للصيغة نازلة بمنزلة المتصل بالكلام ، ولكن المراد أننا نعلم أن مطلق الصيغة لم يرد تعميمها .

(١) سورة المائدة من الآية ٦ .

(٢) سورة القدر آية ٥ .

(٣) البحر المحيط ٣/٣٥٥ ، أصول الفقه للشيخ زهر ٢/٢٩٣ .

ولا يخفى أن التخصيص بالعقل ليس من الترجيح لدليل العقل على دليل الشرع ، بل من الجمع بينهما ، لعدم إمكان استعمال الدليل الشرعي على عمومته لمانع قطعي وهو دليل العقل .

ومثال التخصيص بالعقل : قوله سبحانه وتعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه " ^(١) ، فلفظ " من " عام قصره العقل على المكلف العاقل . وقوله سبحانه وتعالى : " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " ^(٢) فالعقل قد خصص عموم الآية وأخرد الصبيان والمجانين من التكليف ، لأنه لا يجوز عقلاً تكليف من لا يعقل ولا يفهم ^(٣) .

ثانياً : الحس : والمراد به خصوص المشاهدة ، فإذا ورد الشرع بعموم يشهد الحس باختصاصه ببعض ما اشتمل عليه العموم ، كان ذلك مخصصاً للعموم .

مثاله : قوله سبحانه وتعالى في شأن الريح " تدمر كل شيء بأمر ربها " ^(٤) فهذا النص عام يتناول السماء والأرض والقمر والكواكب مع أنه

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥ .

(٢) سورة آل عمران من الآية ٩٧ .

(٣) البحر المحيط ٣٥٥/٣ وما بعدها ، شرح الاستوى نهاية السؤل ١١٦/٢ - ١١٧ ، المحصول للرازي ٤٢٧/١ ، المسودة ص ١٠٦ ، المستصفي ٩٩/٢ ، الإبهاج في شرح المنهاج ١٧٦/٢ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٦٠/٢ ، حاشية المضد على مختصر ابن الحاجب ١٤٧/٢ ، للمحمد لأبي الحسين البصري ٢٥٢/١ ، الأحكام للأندى ٢٩٣/٢ ، لرشاد القول ص ١٥٦ ، أصول الفقه للشيخ زهر ٢٩٣/٢ .

(٤) سورة الأحقاف من الآية ٢٥ .

يعلم حساً عدم تدمير هذه الأشياء بالريح ، فالحس هو الذى أخرج هذه الأشياء . وكذلك قوله سبحانه وتعالى " ما تذر من شئ أتت عليه الا جعلته كالرميم"^(١) فان الريح قد أتت على الأرض والجبال والسماء فلم تجعلها رميما وذلك بالمشاهدة ، فكانت هذه الأشياء خارجة عن هذا العموم بالحس والمشاهدة^(٢) .

ثالثاً : الدليل السمعى ، وهو تخصيص بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، والعادة .

أولاً : تخصيص العام من الكتاب :

القرآن الكريم قطعى الثبوت ، لأنه وصل إلينا عن طريق التواتر ، ولكن دلالاته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، ومن أجل كونه قطعى الثبوت ، لايجوز تخصيصه بغير قطعى الثبوت أيضاً ، وهو على أمور ثلاثة :

الأول : تخصيص الكتاب بالكتاب : ذهب جمهور الأصوليين الى جواز تخصيص الكتاب بالكتاب ، لأن نصوص الكتاب قطعية من حيث الوجود ، فإذا ورد فيه عام وخاص وجب الجمع بينهما ، وذلك بأن يعمل بالخاص فيما دل عليه ، ويعمل بالعام فيما وراء ذلك .

^(١) سورة المريم آية ٤٢ .

^(٢) الأحكام للأندى ٢٩٦/٢ ، شرح الجلال مع حاشية الطراز على جمع الجوامع ٦٠/٢ ، البحر المحيط ٣٦٠/٣ ، المستصفى ٩٩/٢ ، المحصول ٤٢٨/١ ، الإبهاج فى شرح المنهاج ١٧٨/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، أصول الفقه للشيخ زهر ٢٩٤/٢ .

قال الشيخ الخضري : " اعلم أنه لم يتقابل في القرآن عام وخاص ، بمعنى أنه ورد حكم على عام شامل لأفراد ، وحكم على فرد واحد من أفراد ذلك العام ، وإنما الذي ورد فيه عمومات بعضها أخص من بعض ، فالخصوص المقابل للعموم خصوص نسيى لا حقيقى " (١) .

فقد يكون بين الآيتين عموم وخصوص وجهى ، فيجتمعان فى أمر ، وينفرد كل منهما فى أمر آخر ، وذلك مثل قوله سبحانه وتعالى : " والذين يوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً " (٢) ، فلفظ الآية عام يشمل المرأة الحامل وغير الحامل ، وفى ذات الوقت هو خاص بالمتوفى عنها زوجها .

وقوله سبحانه وتعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضمن حملهن " (٣) عام يشمل المتوفى عنها زوجها ، كمل يشمل المطلقات ، وفى ذات الوقت هو خاص بنوات الحمل ، فيكون بين الآيتين عموم وخصوص وجهى ، يجمعان فى نوات الحمل للمتوفى عنهن أزواجهن .

وكل من الآيتين انفرد بحالة خاصة ، فالأولى انفردت بوجه وهو عدة المتوفى عنها غير الحامل ، فهى أربعة أشهر وعشراً ، وانفردت الآية الثانية بوجه وهو عدة المطلقة للحامل وهو وضع للحمل .

(١) أصول الفقه للشيخ الخضري ص ٢٠٥ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٤ .

(٣) سورة الطلاق من الآية ٤ .

وقد يكون بين الآيتين عموم وخصوص مطلق ، فيجتمعان في أمر وينفرد الأعم منهما في أمر آخر ، وذلك مثل قوله سبحانه وتعالى : "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"^(١) ، فالآية عامة تشمل جميع المطلقات ، سواء المدخول بها أو غير المدخول بها .

وقوله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعدونها "^(٢) فالآية هنا عامة أيضاً ، لكنه عام في أفراد المطلقات غير المدخول بهن على الخصوص ، فالآية هنا أخص من عموم الآية الأولى ، فيلتقيان في غير المدخول بها ، وتتفرد الآية الأولى في المدخول بها^(٣) .

وذهب بعض الظاهرية إلى أن الكتاب لا يخصص الكتاب ، لأن التخصيص بيان للمراد من العام ، والبيان من شأن العنة فقط لقوله سبحانه وتعالى : " وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم "^(٤) فأسند للبيان إلى الرسول ﷺ وذلك إنما يكون بسنته ، فالكتاب لا يبين الكتاب أي لا يخصصه .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(٢) سورة الأحزاب من الآية ٤٩ .

(٣) ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ٢٠٥ بتصرف .

(٤) سورة النحل من الآية ٤٤ .

أجيب عن ذلك : بأنه معارض بقوله سبحانه وتعالى : " ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء " (١) ، ولأن تلاوة النبي ﷺ آية للتخصيص ببيان منه له (٢) .

الثاني : تخصيص الكتاب بالسنة المتواترة قولية أو فعلية : السنة هي المبينة والموضحة والمفصلة والمؤكددة للكتاب الكريم ، فقد تخص السنة المطهرة عام الكتاب ، أو تنقيد مطلقه ، أو تبين مجمله ، فيعلم أن مراد الكتاب بعد ورود السنة هو على حسب بيان السنة ، وهذا إنما يكون سبيله السنة المتواترة : قولية أو فعلية ، لأن القرآن الكريم قطعي يفيد العلم ، فلا يخصه إلا ما يفيد العلم ، وهو السنة المتواترة .

فمن السنة المتواترة القولية ، أو المشهورة : قول النبي ﷺ " لا يرث القاتل " (٣) وقوله ﷺ " لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم " (٤)

(١) سورة النحل من الآية ٨٩ .

(٢) المغصول للإمام الرازي ٤٢٩/١ ، ارشاد النحول ص ١٥٧ .

(٣) رواه الإمام الرملي ، وابن ماجة ، والدارمي ، وابن تيمية : عن الليث عن اسحاق بن عبد الله عن الزهري عن حميد عن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال أبو عيسى : هذا حديث لا يصح لا يعرف إلا من هذا الوجه .

سنن الرملي - كتاب الفرائض - باب ما جاء في ابطال ميراث القاتل ٤٢٥/٤ ، سنن ابن ماجة - كتاب الفرائض - باب ميراث القاتل ٩١٣/٢ ، سنن الدارمي - كتاب الفرائض - باب ميراث القاتل ٢٨٤/٢ ، متقى الأخبار لابن تيمية - باب القاتل لا يرث ٤٧٣/٢ ، ط / ثانية ، سنة ١٩٧٩ ، دار الفكر .

(٤) أخرجه الإمام البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة عن اسامة بن زيد .

صحيح البخاري كتاب الفرائض - باب لا يرث للمسلم الكافر رقم ٦٧٦٤ ، صحيح مسلم - كتاب الفرائض رقم ١٦١٤ ، ١٢٣٣/٣ ، ط / عيسى الحلبي ، سنن أبي داود ، كتاب الفرائض - باب هل يرث للمسلم الكافر رقم ٢٩٠٩ ، ٣٢٦/٣ ، سنن الترمذي - أبواب الفرائض - باب ما جاء في ابطال الميراث بين المسلم =

فهذان الحديثان خصصا قوله سبحانه وتعالى : " يوصيكم الله في أولادكم" ^(١) فالآية شاملة للولد المؤمن والكافر .

فتبين من السنة القولية : أن الولد القاتل والكافر ليسا مرادين من الآية .

فان قيل : ان هذين الحديثين من أخبار الأحاد .

/جيب : بأنهما كانا متواترين ومشهورين زمن التخصيص ، وهو زمن الصحابة ، وان كانا في هذا الزمن ليسا كذلك ، بل هما من قبيل الأحاد فهذا لا يضر في التمثيل ، لأن العبرة بزمن التخصيص ، لا بهذا الزمن .

وعلى فرض أن هذين الحديثين من قبيل الأحاد وان العبرة بهذا الزمن ، فالآية قد خصصت بهذين الحديثين وهما من قبيل الأحاد ، والأحاد أضعف من المتواتر ، فيكون تخصيص الكتاب بالمتواتر ثابتاً بطريق الأولى ^(٢) .

ومن السنة الفعلية : أمر النبي ﷺ بـرجم ماعز وهو محصن ، ففعل النبي ﷺ خصص عموم قوله سبحانه وتعالى : " الزانية والزاني

والكافر رقم ٢١٠٧ / ٤٢٣/٣ ، سنن ابن ماجة - كتاب الفرائض - باب ميراث أهل الاسلام من أهل الشرك رقم ٢٧٢٩ ، ٢٧٣٠ ، ٩١١/٢ .

(١) سورة النساء من الآية ١١ .

(٢) أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٧/٢ ، شرح تفيح الفصول ص ٢٠٦ - ٢٠٧ ، البحر المحيط للزركشي ٣٦٢/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، الفحول ٤٣٠/١ .

فاجلدوهم كل واحد منهما مائة جلدة^(١) فأصبحت الآية قاصرة على الزاني والزانية البكر^(٢).

الثالث : تخصيص الكتاب بالإجماع : لفظ القرآن العام قد يثبت بطريق الإجماع : أن عومه غير مراد ، وأنه مخصوص ، والمخصص العام هو مستند الإجماع بالنسبة للمجمعين ولغيرهم ، ولكن غير المجمعين لا يلزمهم البحث عن هذا المستند ، بل يكفيهم الإجماع على التخصيص ، وذلك كالإجماع على أن حد الزاني العبد على النصف من حد الحر ، فيكون خمسين جلدة ، فهذا ثبت بالإجماع وخصص قوله سبحانه وتعالى "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة" فيكون جلد المائة خاصاً بالحر^(٣).

ثانياً : تخصيص عام الكتاب والسنة المتواترة بخير الآحاد : اختلف الأصوليون في تخصيص عام القرآن الكريم والسنة المتواترة بالأدلة المظنونة كخير الآحاد . قال الإمام الغزالي مخرراً محل الوفاق والخلاف : خير الواحد إذا ورد مخصصاً لعموم القرآن ، اتفقوا على جواز التبعيد به لتقديم أحدهما على الآخر ، لكن اختلفوا في وقوعه^(٤)

(١) سورة النور من الآية ٢ .

(٢) أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٩٨ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع البواع ٢/٦٢ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، شرح الأسنوي نهاية السؤل ٢/١١٩ ، المحصول للإمام الرازي ١/٤٣٠ .

(٣) أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٩٨ ، البحر المحيط للزركشي ٣/٣٦٣ ، المحصول للإمام الرازي ٢/٤٣٠ ، حاشية المضد على مختصر ابن الحاجب ٢/١٥٠ ، للسودة ص ١١٤ ، الملح للشيروازي ص ٢٠ .

(٤) المستصفى للإمام الغزالي ٢/١١٤ .

فبعضهم رأى أن محل الخلاف فى الجواز لا فى الوقوع ، وهو الصواب لأن الوقوع دليل الجواز^(١) وخلافهم على أقوال خمسة :

القول الأول : وهو لجمهور العلماء : جواز تخصيص عام القرآن الكريم والسنة المتواترة بخبر الأحاد مطلقاً .

القول الثانى : وهو لبعض الفقهاء وجماعة من المتكلمين عدم الجواز مطلقاً .

القول الثالث : وهو لعيسى بن أبان : إن خص العام بقطعى جاز تخصيصه بخبر الواحد ، وإن لم يخص بقطعى لم يجز تخصيصه بخبر الواحد ، وإنما قال عيسى بن أبان ذلك لأنه يرى أن العام بعد التخصيص لا يحتج به ، لكونه مجملاً فى الباقي ، فإذا جاء خبر الواحد وأخرج بعض الأفراد فإنه يعمل بهذا الخبر فى تلك الأفراد ، لأنه يعتبر مرجحاً لها وبذلك تخرج هذه الأفراد عن العام بهذا الدليل . ومثاله : قوله سبحانه وتعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به " الى قوله تعالى : " فمن اضطر فى محصة غير متجاف لإثم فان الله غفور رحيم " ^(٢) .

(١) الإيهاج فى شرح المنهاج ١٨٥/٢ .

(٢) سورة المائدة آية ٣ .

قلفظ الميئة في الآية عام يشمل ميئة البحر وميئة البر ، كما يشمل الميئة المضطر إليها ، وغير المضطر إليها ، ثم خص هذا العموم في حال المخصصة ، فتكون الميئة في هذه الحالة مباحة ، وتكون حرمة ميئة البحر والبر في حالة الاختيار ، فالدلالة للعام هاهنا بعض التخصيص ظنية ، فيصح أن يخصص بدليل ظني ، فلما ورد قول النبي ﷺ عن ماء البحر: " هو الطهور ماؤه الحل ميتة " (١) قصر الحرمة على ميئة غير البحر حالة الاختيار .

القول الرابع : وهو لأبي الحسن الكرخي من الحنفية : إن خص العام بمخصص منفصل جاز تخصيصه به ، وإن خص بمتصل فلا يجوز . " وشبهته أن تخصيصه بمنفصل يصيره مجازا ، فيضعف فيتسلط عليه التخصيص " (٢) .

القول الخامس : وهو للقاضي أبي بكر الباقلاني : أنه يتساقط العام وخبر الواحد فيما تعارضا فيه ، فلا يعمل بواحد منهما فيه ، ويعمل بالعام فيما عدا هذا الفرد الذي حصل فيه التعارض .

استدل الجمهور لقولهم بجواز تخصيص خبر الآحاد للعام : " بأن العموم وخبر الواحد دليلان متعارضان ، وخبر الواحد أخص من العموم ، فوجب تقديمه على العموم " (٣) .

(١) سبق تخريجه ص ٨٢ .

(٢) الإبهام في شرح للنهـاج ١٨٤/٢ .

(٣) المحصول للإمام الرازي ٤٣٢/١ .

وبأن تخصيص العام بخبر الواحد فيه عمل بكل منهما ، لأن العام يعمل به فيما عدا الفرد الذي دل عليه خبر الواحد ، وخبر الواحد يعمل به فيما دل عليه ، وعدم للتخصيص بخبر الواحد فيه عمل بالعام فقط والغاء للخبر ، ولاشك أن أعمال الدليلين معاً ولو من بعض الوجوه خير من أعمال أحدهما^(١) ، ولا يخفى أن " دلالة العام على أفرادة ظنية ، فلا وجه لمنع تخصيصه بالأخبار للصحيحة الأحادية " ^(٢) .

وأيضاً فإن الصحابة خصصوا كثيراً من عمومات القرآن بأخبار الآحاد ، كتخصيصهم قوله سبحانه وتعالى : " يوصيكم الله في أولادكم " ^(٣) ، بقول النبي ﷺ " نحن معاشر الأنبياء لا نورث " ^(٤) ، ويقول ﷺ : " للقاتل لا يرث " ^(٥) ، كما خصصوا قوله سبحانه وتعالى : " وأهل لكم

(١) أصول الفقه للشيخ زهر ٣٠٠/٢ .

(٢) إرشاد القحصول ص ١٥٨ .

(٣) سورة النساء من الآية ١١ .

(٤) أخرجه الإمام البيهقي ومسلم عن أبي بكر - رضي الله عنه - فتح الباري بشرح صحيح البيهقي - كتاب الفرائض - باب لا تورث ما تركته صدقة ٥/١٢ ، صحيح مسلم - كتاب الجنائز - باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تورث ما تركته صدقة رقم ١٧٦٠ - ١٧٦١ .

(٥) سبق تحريره في ص ٩٤ .

ماوراء ذلكم^(١) بقوله ﷺ " لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها"^(٢) ، وغير ذلك^(٣) .

واستدل أصحاب القول الثاني : بأن الكتاب مقطوع به وكذا السنة المتواترة ، والآحاد مظنونة ، والمقطوع أولى من المظنون .
أجيب عن ذلك : بأن العام الذى فيه للكلام وهو الكتاب والسنة المتواترة مقطوع فى مته ، إذ لا شك فى كونه من القرآن إن كان من الكتاب ، ولا أن رسول الله ﷺ قاله إن كان من السنة المتواترة ، وأما الخاص فبالعكس مته مظنون لأنه من رواية الآحاد ، فلا يقطع بأن رسول الله ﷺ قاله ، ودلالته مقطوع بها لأنه لا يحتمل إلا ما يعرض له ، فكل منهما مقطوع به من وجه ، مظنون من آخر فتساويا .

فإن قيل : إذا تعادلا فلا ينبغي أن يرجح أحدهما على الآخر ، إذ هو حينئذ ترجيح من غير مرجح .
أجيب : يرجح الخاص بأن فيه اعمالا للدليلين

(١) سورة النسا من الآية ٢٤ .

(٢) أخرجه الإمام البخارى ومسلم والترمذى عن أبى هريرة ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى - كتاب النكاح - باب لا تنكح المرأة على عمتها ١٦٠/٩ ، صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب النكاح - باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها فى النكاح ٥٦٤/٣ - ٥٦٥ ، سنن الترمذى - كتاب النكاح - باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ٤٢٤/٣ .

(٣) تراجع المصنف وأدلتها فى أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٩/٢ وما بعدها ، البحر المحييط للزركشى ٣٦٤/٣ وما بعدها ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٨ ، الثبيرة للشيرازى ص ١٣٢ ، شرح الجلال مع حاشية الطار على الطوامع ٦٣/٢ ، شرح العبد على مختصر ابن الحاجب ١٤٩/٢ ، الإبهاج فى شرح المنهاج ١٨٣/٢ ، للمستصفي للغزالي ١١٤/٢ ، المحصول ٤٣٢/١ .

واستدلوا أيضاً : بأنه لو جار تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بخبر الواحد ، لجاز نسخهما به واللازم منتف بالاتفاق على أنه لايجوز نسخ للمتواتر بخبر الواحد .

وبين الماترمة : ان كل واحد منهما تخصيص لكن أحدهما وهو النسخ تخصيص في الأزمان ، والآخر تخصيص في الأعيان .

واجيب : بأن التخصيص أهون من النسخ ، لأن النسخ يرفع الحكم بالكلية ، بخلاف التخصيص ، ولايلزم من تأثير الشئ في الأضعف أن يكون مؤثراً في الأقوى ^(١) .

واستدل أصحاب القول الثالث : بأن العام قبل تخصيصه بالقطعي يعتبر حقيقة في كل الأفراد ، والحقيقة أقوى من المجاز فلو خصصنا العام بخبر الواحد لكان العام مستعملاً في بعض أفراد مجازاً ، وبذلك نكون قد رجحنا المجاز على الحقيقة بلبيل ظني ، وفي ذلك ترجيح للظني على القطعي وهو باطل .

أما إذا خصص العام بقطعي فإنه يكون مجازاً في الباقي ، وصارت الدلالة ظنية ، فإذا خصص العام بعد ذلك بخبر الواحد صار هذا العام مجازاً في الرتبة الثانية ، والمجازات متساوية بالنسبة للحقيقة ، فلا مانع من أن يكون خبر الواحد مبيناً لكون العام قد أريد به بعض آخر أقل مما أريد به أولاً ، لأن كلا الأمرين مظهر والظن يعارضه ظن مثله .

(١) الانهاج في شرح المنهاج ١٨٧/٢ - ١٨٨ ، المحصول للإمام الرازي ١/٤٣٤ ، شرح الاستوى نهاية السؤل

نوقش هذا : بأن العام قبل التخصيص دلالاته ظنية وهي أضعف من دلالة الخاص على معناه ، لأن العام يحتمل المجاز والنقل والنسخ وغير ذلك من الاحتمالات ، والخاص كخبر الواحد وإن شارك العام في هذه الاحتمالات إلا أنه لا يرد عليه التخصيص ، بخلاف العام فإنه يرد عليه ذلك ، وحيث كان خبر الواحد أقوى من العام كان العمل به واجباً ، والعمل يقضى بأن يكون العام مخصصاً ببعض الأفراد ، فيكون خبر الواحد مخصصاً للعام ، وهو المطلوب .

واستدل أصحاب القول الرابع : بأن العام عند تخصيصه بالمتصل يكون قطعي الدلالة لأنه لا يحتمل غير ما قيد به من الأفراد الموصوفة بالصفة أو الشرط أو الغاية ، ومتى كان العام قطعي الدلالة لم يجز تخصيصه بخبر الواحد لأنه ظني ، والظن لا يعارض القطع ، بل القطع مقدم عليه .

لما إذا خصص العام بمنفصل فإنه يصبح ظني الدلالة في الباقي لأنه يحتمل أن تخرج منه بعض الأفراد الباقية بدليل كما خرج منه البعض الأول بالمخصص الأول ، وبذلك يكون خبر الواحد مساوياً له في الظن فيتعارضان ويقدم خبر الواحد على العام ، لأن العمل به فيه إعمال للدليلين ، بخلاف العام فإن العمل به يبطل العمل بخبر الواحد ، وإعمال الدليلين معاً ولو من وجه خير من إبطال أحدهما .

نوقش هذا : بأن العام عند تخصيصه بالمتصل يكون محتملاً كذلك لما قيد به من الأفراد ولغيرها ، لأن الذي يوصف بأنه عام مخصوص هو

اللفظ المقيد فقط ، بقطع النظر عن اللقيد كالشرط أو الصفة ، واللفظ المقيد يتناول الأفراد كلها بمقتضى وضعه اللغوى ، وبذلك تكون دلالاته على كل الأفراد ظنية ، كما أن دلالاته على الأفراد الباقية بعد للتخصيص ظنية كذلك ، والظن قابل للتعارض ، فيكون خبر الواحد معارضاً له ويرجح خبر الواحد على العام لأن فيه إعمالاً للدليلين .

واستدل أصحاب القول الخامس : بأن للعام وخبر الواحد قد تعارضا فى الفرد الذى دل عليه خبر الواحد ، لأن العام يقتضى ثبوت حكمه فى هذا الفرد باعتبار أنه فرد من أفراد وحكم العام يثبت لكل فرد من أفراد العام ، والخاص يقضى بعدم ثبوت حكم العام فيه ، بل يوجب ثبوت حكمه فى هذا الفرد الذى دل عليه ، ولا مرجح لواحد منهما على الآخر ، لأن دلالة كل منهما على هذا الفرد ظنية ، أما العام فظاهر لجواز أن يكون المراد منه البعض وأن هذا الفرد ليس منه ، وأما خبر الواحد فللجواز أن يكون غير ثابت عن الرسول ﷺ ، ومع ثبوته يحتمل المجاز أو غيره من الاحتمالات والدليلان إذا تعارضا فى شئ من غير مرجح فيه لأحدهما يتساقطان ولا يعمل بواحد منهما فيه ، ويبقى العام فى غير هذا الفرد لامعارض له ، فيعمل به فيما عداه لوجود المقضى السالم عن المعارض .

توقفت هنا : بأن خبر الواحد أرجح من العام لكون العمل به فيه إعمال للدليلين ، بخلاف العام فإن العمل به فيه يبطال لخبر الواحد ، وإعمال الدليلين خير من إهمال أحدهما^(١) .

وبالنظر فيما تقدم في أدلة الأقوال يتضح لنا : أن كل الأدلة عدا أدلة الجمهور وردت عليها مناقشات فيتضح لنا ضعفها ، وقوة أدلة الجمهور ، وبذلك يترجح قول الجمهور لسلامة أدلتهم ، ولأن أخبار الأحاد هي أغلب نصوص السنة ، فإذا منع أعمالها في التخصيص أهمل الأغلب ، وهذا يؤيد قول الجمهور في العمل بالدليلين ، فهو خير من إهمالهما أو إهمال أحدهما ، خصوصاً وأن خبر الأحاد يؤخذ به في أمور العقيدة إذا كان راويه ثقة ، فلأن يخصص به أولى .

ثالثاً : تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بالقياس :

إذا ورد لفظ من الكتاب أو السنة المتواترة وكان عاماً ، ثم وجدنا بطريق القياس أن بعض أفراد هذا العام يناسبه أن يختلف حكمه عن سائر أفراد العام ، فهل يخص بالقياس فيخرج ما دل عليه القياس من حكم العام أم لا ؟

اختلف الأصوليون في ذلك على أقوال : ومحل الخلاف كما نقل الإمام الأسنوى : في القياس الظني ، جلياً أم خفياً ، فإنه حكى الاتفاق على أن القياس القطعي يخص به العام من الكتاب والسنة المتواترة^(٢) .

(١) أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٦/٢ - ٣٠٤ .

(٢) نهاية السؤل ١٢٥/٢ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٥/٢ ، شرح الكوكب الساطع للسيوطي ص ٧٤٣ .

أقوال الأصوليين :

القول الأول : وهو المختار للإمام البيضاوي ونقل عن الأئمة الأربعة : أنه يجوز تخصيص العام من الكتاب والسنة المتواترة بالقياس مطلقاً .

وحجتهم في ذلك : ما سبق القول به في خبر الأحاد بالعمل بالدليلين ، فالعام والقياس حجتها ظنية ، فإذا تعارضت حجتان ظنيتان فينبغي أعمالهما ما أمكن ، فيعمل بالقياس فيما أثبتته ، ويعمل بالعام فيما عداه .

وأيضاً : أن العموم والقياس دليلان متعارضان والقياس خاص : فوجب تقديمه^(١) .

القول الثاني : وهو المختار للإمام الرازي وأبي على الجبائي من المعتزلة : أنه لا يجوز تخصيص العام من الكتاب والسنة المتواترة بالقياس مطلقاً .

وحجتهم في ذلك : أن القياس فرع عن النص ، لأن الحكم المقاس عليه لابد وأن يكون ثابتاً بالنص ، لأنه لو كان ثابتاً بالقياس لزم الدور أو التسلسل ، وإذا كان فرعاً عنه فلا يجوز تخصيصه به ، والا يلزم تقديم الفرع على الأصل ، وهو غير جائز .

(١) المحصول للإمام الرازي ٤٣٨/١ ، الإيهام ١٩٠/٢ ، أصول الفقه للحضري ص ١٩٠ ، ارشاد الفحول ص ١٥٩ .

نوقش هذا : بأن القياس فرع عن النص الذى أثبت حكم الأصل فيه ، أو النص الذى أثبت أن القياس حجة ، ولكنه فرع عن العام الذى يراد تخصيصه بالقياس ، والممنوع أن يقدم الفرع على أصله ، وأما تقديمه على غير أصله فلا منع فيه ، فالدليل لا يثبت المطلوب .

ومثال ذلك : قوله سبحانه وتعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " ^(١)

ثم ورد قوله ﷺ : " البر بالبر ربا " ^(٢) فهذا الحديث مخصص لعموم قوله سبحانه وتعالى : " وأحل الله البيع " ثم قسنا الأرز على البر للعلة الجامعة بينهما ، فكان هذا القياس مخصصاً أيضاً لذلك العموم ، فلم نخصمه بفرعه ، لأن الأرز فرع حديث البر ، لا فرع لحلال البيع ، فيبطل قولهم : كيف يقدم فرع على أصل ^(٣) .

للقول الثالث : ان خص العام بمخصص قبل القياس جاز تخصيصه بالقياس ، وإن لم يخصص العام قبل ذلك لا يجوز تخصيصه بالقياس ، وهذا قول عيسى بن أبيان .
وحجته هنا هي حجته ذاتها في خبر الأحاد .

^(١) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .

^(٢) أخرجه الإمام البخارى ومسلم ، صحيح البخارى - كتاب البيوع رقم ٧٤ ، ٧٦ ، صحيح مسلم - كتاب المساقاة ، حديث رقم ٧٩ ، ٨٠ .

^(٣) أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٥/٢ ، أصول الفقه للشيخ المحضرى ص ١٨٨ ، المحصول ١/٢٣٨ .

القول الرابع : ان خصص العام بمتصل أو لم يخصص أصلاً لم
يجز تخصيصه بالقياس ، وأن خصص بمنفصل جاز تخصيصه به ، وهذا
قول أبي الحسن الكرخي .
وحجته هنا هي حجته ذاتها في خبر الأحاد ، فلا داعي لاعادتها .

القول الخامس : ان كان القياس جلياً بأن قطع فيه بنفى تأثير
الفارق بين الأصل والفرع ، كقياس العبد على الأمة بجامع الرق ليثبت له
تتصيف الحد في الزنا كما ثبت لها ذلك ، لأن الفارق بينهما هي الذكورة
والأنوثة ، وهي غير مؤثرة في الحكم ، ففي هذا الحال يجوز تخصيص
العام به .

وإن كان للقياس خفياً بأن لم يقطع فيه بنفى تأثير الفارق ، كقياس
النبيذ على الخمر بجامع الاسكار ، ليثبت له التحريم كما ثبت في الخمر ،
حيث لم يقطع فيه بنفى تأثير الفارق ، لجواز أن يكون كونه خمرأ هو
المؤثر ففي هذه الحالة لايجوز تخصيص العام به ، وهذا قول ابن سريج
من الشافعية .

وحجته هي ذلك : أن القياس الجلي قطعي والعام ظني ، فتخصيص
العام به جائز ، لأنه من باب تخصيص القطعي للظني ، أما القياس الخفي
فهو ظني وهو مع كونه ظنياً ، فالظن فيه أضعف من الظن بالعام ، فلو
خصص العام بالقياس في هذه الحالة لزم من ذلك العمل بالأضعف مع
وجود الأقوى ، وهو باطل .

وأجيب عن ذلك : بأن القياس يرجحه على العام أن فيه أعمالاً للدليلين ، وأعمال الدليلين خير من إهمال أحدهما .

القول السادس : أن العام والقياس دليلان متعارضان في الفرد الذي دل عليه القياس ، فإن ترجح أحدهما على الآخر عمل بالراجح منهما ، وإن تساويا لم يعمل بواحد منهما فيه بل يتوقف عن العمل بواحد منهما فيه حتى يوجد المرجح ، وهذا قول الإمام الغزالي ، واختاره المطرزي ، واستحسنه القرافي والقرطبي .

ويجاب عن ذلك : بأن القياس أرجح من العام دائماً ، لما فيه من العمل بالدليلين معاً ، والأعمال خير من الإهمال .

القول السابع : الوقف وعدم الجزم بشئ ، حتى يوجد المرجح فيعمل به ، وهذا قول إمام الحرمين .

وحجته في ذلك : أن الأدلة متعارضة بعضها يقضى بالعمل بالعام ، والبعض الآخر يقضى بالعمل بالقياس ، ولا مرجح لأحدهما على الآخر ، فكان الوقف أسلم حتى يوجد المعين لأحدهما فيعمل به دفعاً للتحكم .

أجيب عن ذلك : بأنه لا معنى للوقف ، لأن المرجح للقياس موجود ، وهو أنه فيه أعمال للدليلين ، وهو خير من الإهمال^(١) .

(١) أصول الفقه للشيخ زهر ٣٠٥/٢ وما بعدها ، الإبهام ١٨٨/٢ وما بعدها ، البحر المحيط للزركشي ٣٦٩/٣ وما بعدها ، وينظر تفصيل الأدلة للأقوال في الأصول ٤٣٨/١ وما بعدها ، شرح التلخيص على مختصر ابن الحاجب ١٥٣/٢ وما بعدها ، ارشاد الفحول ص ١٥٩ ، أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ١٨٨ وما بعدها ، نهاية السؤل ١٢٥/٢ وما بعدها .

ونذكر سيف الدين الأمدى زيادة على هذه الأقوال قولاً آخر ، وهو جواز التخصيص بالقياس إذا كان أصل القياس من الصور التي خصت عن العموم دون غيره .

ثم اختار الأمدى القول : بأنه إذا كانت العلة الجامعة فى القياس ثابتة بالتأثير ، أى بنص أو إجماع ، جاز تخصيص العموم به ، والا فلا .

وعلى ذلك : بأن العلة إذا كانت مؤثرة ، فإنها نازلة منزلة النص الخاص ، فكانت مخصصة للعموم ، كتخصيصه بالنص^(١) .

والراجع فى هذه المسألة : أن الكتاب والسنة المتواترة يخصصان بالقياس الجلى والقياس التى تكون علة منصوصة أو مجمعة عليها ، يؤيد ذلك ما أورده الإمام الشوكانى حيث قال : وقد طول أهل الأصول الكلام فى هذا البحث بإيراد شبه زائفة لا طائل تحتها ... والحق الحقيقى بالقبول أن يخصص بالقياس الجلى لأنه معمول به لقوة دلالاته وبلوغها إلى حد يوازن النصوص ، وكذلك يخصص بما كانت علة منصوصة أو مجمعة عليها ، أما العلة المنصوصة : فالقياس للكائن بها فى قوة النص ، ولما العلة المجمع عليها : فلكون ذلك الإجماع قد دلّ على دليل مجمع عليه ، وماعدا هذه الثلاثة أنواع من القياس فلم تقم الحجة بالعمل به من أصله^(٢) .

(١) الأحكام للأمدى ٣١٣/٢ .

(٢) ارشاد القحول للشوكانى ص ١٥٩ - ١٦٠ .

المبحث السابع

العام بعد التخصيص

اختلف الأصوليون في العام إذا دخله التخصيص ، هل يكون حقيقة في الباقي ، أو يكون مجازاً فيه ؟ على أقوال ثلاثة :

القول الأول : أن العام بعد التخصيص يكون مجازاً في الباقي مطلقاً ، سواء كان للمخصص متصلاً أو منفصلاً ، كان المنفصل عقلياً أو لفظياً ، وهذا القول هو المختار للبيضاوي وابن الحاجب ، ومال إليه الغزالي والآمدي ، وبه قال عيسى بن أبان من الحنفية وغيرهم .

القول الثاني : أن العام حقيقة في الباقي مطلقاً ، كان المخصص متصلاً أو منفصلاً ، وبه قال أبو إسحاق الشيرازي ، وأبو حامد الاسفراييني ، وهو قول الشافعي وأصحابه ، ونقل عن مالك وحكاه ابن الحاجب عن الحنابلة .

القول الثالث : أن العام حقيقة في الباقي ان خص بمتصل كالشرط والصفة والغاية والاستثناء ، مجاز فيه ان خص بمنفصل سواء كان لفظياً أو عقلياً ، وهذا القول لأبي الحسين البصري ، وأبي الحسن الكرخي^(١) .

(١) تنظر الأقوال في : الاحكام للآمدي ٢٠٩/٢ وقد ذكر الآمدي ثمانية أقوال ، وذكر الشوكاني مثله ، ارشاد النحول ص ١٣٥ وما بعدها ، وذكر الغزالي أربعة أقوال ، للمستصفي ٥٤/٢ ، احكام الفصول للباقي ص ٢٤٥ ، البصرة للشيرازي ص ١٢٢ ، شرح العنقد على مختصر ابن الحاجب ١٠٦/٢ ، للمتمد لأبي الحسين البصري ٢٨٣/١ ، تيسير التحرير ٣٠٨/١ ، أصول الفريسي ١٤٤/١ .

استدل أصحاب القول الأول : بأن العام فى اللغة موضوع للمجموع، فإذا أريد به البعض فقد أريد به غير ما وضع له ، وذلك هو المجاز .

وكيفاً : لو كان العام حقيقة فى البعض كما كان حقيقة فى الكل لزم أن يكون مشتركاً ، والمجاز خير من الاشتراك ، فيكون مقمداً عليه .
واستدل أصحاب القول الثانى : بأن اللفظ إذا كان متناولاً حقيقة باتفاق ، فالتناول باق على ماكان عليه ولا يضره طرد عدم تناول الغير .
كجيب عن هذا : بأنه كان يتناوله مع غيره ، والآن يتناوله وحده وهما متغايران .

واستدل أصحاب القول الثالث : بأنه مع التخصيص بمتصل كلام واحد .

وكجيب عن هذا : بأن ذلك المخصص المتصل هو القرينة التى كانت سبباً لفهم ارادة الباقي من لفظ العموم ، وهو معنى المجاز ، ولا فرق بين قرينة قريبة أو بعيدة ، متصلة أو منفصلة^(١) .

قال الزركشى : القول بأنه مجاز لايجئ من وجهين :
أحدهما : أن اللفظ المشترك عنده بين العموم والخصوص إذا دل الدليل على العموم كان حقيقة ، فكيف يصح على قوله انه حقيقة فيما بقى بعد التخصيص ؟

(١) ارشاد الفحول ص ١٣٥ - ١٣٦ ، احكام الفصول ص ٢٤٦ ، أصول الفقه الإسلامى للزحلى ١/ ٢٦٤ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢/ ٢٥٠ .

والثانى : أن نقول : إن اللفظ المستعمل فيما بقى يحتج به مجرداً من غير دلالة ، وهذا معنى قولنا : إنه حقيقة فى الباقي . فإذا سلم هذا لم يبق تحت قولنا : إنه مجاز فيما بقى معنى .

ثم قال : وأما من فرق بين الدليل المنفصل والمتصل ، فإنه فصل بينهما بأن الكلام إذا اتصل بعضه ببعض بنى بعضه على بعض ، فكان ذلك حقيقة فيما بقى . وإذا انفصل بعضه عن بعض لم يبن ، فكان مجازاً فيه ، وهذا غلط ، لأنه لا فرق بين القرينة المتصلة والمنفصلة فى أن اللفظ بنى عليها ، ودالة على ما ليس بمراد منه ، ومابقى يكون ثابتاً فيها باللفظ لا بالقرينة ، فيختار أن لا يفترق حالهما بوجه^(١) .

وبعد أن تبين لنا ضعف أدلة القولين الأول والثالث يترجح القول الثانى لقوة أدلته ، ولأن المجاز إنما يقال إذا نقل اللفظ من الحقيقة الى غيرها بقرينة فيستعمل اللفظ حينئذ فى غير ماوضع له ، وليس فيما ذكر استعمال اللفظ فى غير ماوضع له ، ويدل على ذلك كلام الشيرازى حين قال : " إنما يكون الكلام مجازاً إذا عرف أنه حقيقة فى شئ ، ثم استعمل فى غيره ، كالحمار حقيقة فى البهيمة المعروفة ، ثم يستعمل فى الرجل البليد فيكون مجازاً ، وللعوم مع الإستثناء - أى بعد التخصيص - مااستعمل فى غير هذا الوضع على سبيل الحقيقة ، فلا يجوز أن يجعل مجازاً فى هذا الوضع " ^(٢) .

(١) البحر المحيط للزركشى ٢٦٣/٣ ، ٢٦٦ .

(٢) التبصرة للشيرازى ص ١٢٣ .

المبحث الثامن

العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

قد يرد اللفظ العام دون أن يقتصر به سبب معين ، كقوله سبحانه وتعالى " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام ^(١) " وقد يرد اللفظ العام بناء على سبب كسؤال خاص أو حادثة خاصة ، وهنا اختلف الأصوليون فيما إذا كان السبب الخاص يعد مخصصاً للعام أو يبقى العام على عمومه من غير نظر الى هذا السبب .

فذهب جمهور الأصوليين وحكى بعضهم الاجماع ^(٢) الى أن السبب الخاص لا يخصص العام ، فلا يخرج عن عمومه ، بل يكون العام شاملاً للسبب الخاص ولغيره ، لافرق في ذلك بينهما ، ولذا كانت القاعدة الأصولية : " العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب " .

وذهب المالكية الى قصر العام على السبب ، وبه قال بعض الشافعية ، ونسبة امام الحرمين الجويني للشافعي ، وبه قال بعض الحنابلة ^(٣) .

إلا أن اطلاق هذه القاعدة يحتاج إلى نوع تفصيل وبيان : فان العام إما أن يكون جواباً لسؤال سائل ، أولاً ، فان كان جواباً ، فاما أن يستقل

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٣ .

(٢) البحر المحيط للزركشي ١٩٨/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٣٣ .

(٣) الاحكام للأندلسي ٢١٨/٢ ، المستصفى ٦٠/٢ ، الدرمان لإمام الحرمين ٢٥٣/٢ ، طبعة دار الفوائد بالمصنوعة ، النبعة ص ١٤٤ ، تيسير التحرير ٢٦٤/١ .

بنفسه ، أولاً ، فالجواب غير المستقل بحيث لا يمكن الابتداء به ، لاختلاف
فى أنه تابع للسؤال فى عمومته وخصوصه ، كجوابه بنعم ، أولاً ، فإن كان
السؤال عاماً كان الجواب عاماً ، وإن كان خاصاً فخاص .

مثال خصوص السؤال : قوله سبحانه وتعالى : " فهل وجدتم ما وعد

ربكم حقاً قالوا نعم " ^(١) ، وقول النبي ﷺ " أينقص الرطب إذا يبس ؟
قالوا: نعم . قال : فلا إذا " ^(٢) ، وكقول القائل : وطئت فى نهار رمضان
عامداً ، فيقول : " عليك الكفارة " ففى هذا الحال يجب قصر الحكم على
السائل ، ولايعم غيره الا بدليل آخر - غير النص الوارد - يدل على أن
المراد عموم المكلفين ، أو كل من كان بصفته .

ومثال عموم السؤال : اذا قال قائل : أنتوضأ بماء البحر ؟ فقال :

نعم ، فيكون الجواب عاماً ، وحكمه عام .

لما إذا كان الجواب مستقلاً بنفسه بحيث لو ورد مبتدأ لكان كلاماً
تاماً مفيداً للعموم ، فهو على ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون مساوياً للسؤال ،
أو لخص ، أو أعم .

(١) سورة الاحزاب من الآية ٤٤ .

(٢) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة عن سعد بن أبى وقاص ، سنن أبى داود - كتاب الجوع - باب فى
الشتر بالتمر ٢٥١/٣ ، سنن الترمذى - كتاب الجوع - باب ما جاء فى النهى عن الخلقة والمزينة ٥١٩/٣ ، سنن
ابن ماجة - كتاب الشعائر - باب بيع الرطب بالتمر ٧٦١/٢ .

الأول : أن يكون الجواب مساوياً للسؤال لايزيد عليه ولاينقص :
فيجب حمله على ظاهره بلا خلاف ، كما لو سئل عن ماء البحر فقال :
ماء البحر لاينجسه شيء .

الثاني : أن يكون الجواب أخص من السؤال : مثل أن يسأل عن
أحكام المياة .

ثالث : ماء البحر طهور ، فيختص ذلك بماء البحر ، ولايعم بلا
خلاف .

الرابع : أن يكون الجواب أعم من السؤال : وهما قسمان ،
أحدهما : أن يكون أعم منه في حكم آخر غير ما سئل عنه ،
كسؤالهم عن التوضي بماء البحر ، وجوابه لا ينجس بقوله : " هو الطهور
ماؤه الحل ميتته" ^(١) فلا خلاف أنه عام لا يختص بالسائل ، ولا بمحل
السؤال من ضرورتهم إلى الماء وعطشهم ، بل يعم حال الضرورة
والاختيار .

ثانيهما : أن يكون الجواب أعم من السؤال في ذلك الحكم الذي وقع
السؤال عنه ، كقوله لا ينجس لما سئل عن ماء بئر بضاعة : " الماء طهور
لاينجسه شيء" ^(٢) .

^(١) سبق تخريجه في ص ٨٢ .

^(٢) رواه الزملي وأبو داود عن أبي سعيد الخدري ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن - سنن الزملي -
كتاب الطهارة - باب ما جاء أن الماء لاينجسه شيء رقم ٦٦ ، ٩٦/١ ، عون المبرود شرح سنن أبي داود -
كتاب الطهارة - باب ٣٤ ، ١٢٦/١ - طبعة دار الفكر بيروت - سنة ١٣٩٩ هـ .

وكقوله **عليه السلام** لما سئل عن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد فيه عيباً
" الخراج بالضمآن " (١) .

وهذا القسم هو محل الخلاف ، وفيه مذاهب :

الأول : أن العام يحمل على السبب الخاص ، وهو السؤال فلا عبرة
بعموم اللفظ ، وإلى هذا ذهب بعض أصحاب الشافعي وابن برهان ، وابن
السمعاني ، وأبو ثور ، وكثير من العلماء .

المذهب الثاني : أن العام يحمل على عمومه ، ولا عبرة بالسبب
الخاص ، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين ، وهو مذهب الشافعي ، وأبي
حنيفة ، وأكثر المالكية .

المذهب الثالث : الوقف وعدم حمله على العام أو الخاص ، حكاه
القاضي أبو بكر في التقريب .

المذهب الرابع : التفصيل بين أن يكون السبب هو سؤال سائل
فيختص به الجواب ، وبين أن يكون السبب مجرد وقوع حادثة فلا يختص
الجواب العام بها ، حكاه عبد العزيز البخاري في شرح أصول البزدوي (٢) .
استدل أصحاب المذهب الأول : بأننا لو قلنا بعموم اللفظ في السبب
وغيره كان كل فرد من أفراد العام عرضة لأن يخص من الحكم بالاجتهاد ،

(١) رواه الرمزي والنسائي عن عائشة رضى الله عنها ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ، سنن
الرمزي - كتاب البيوع - باب ما جاء فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ٥٧٢/٣ - ٥٧٣ ، سنن
النسائي - كتاب البيوع - باب الخراج بالضمآن ٢٥٤/٨ - ٢٥٥ .

(٢) راجع تفاصيل للمذهب في : الاحكام للأمدى ٢/٢١٩ ، التبصرة ص ١٤٤ ، ارشاد الفحول ص ١٣٤ ،
تيسر التحرير ١/٢٦٤ ، فتاوى الرحمت شرح مسلم الثبوت ١/٢٩٠ .

ومن ضمن الأفراد سبب الجواب فيجوز أن يؤدي الاجتهاد إلى اخراجه من العام ، واللازم باطل فيبطل للملزم .

أجيب عن ذلك : بأن الفرد الذي هو سبب الجواب غير قابل للتخصيص ، للقطع بأنه مراد من العام ، فلا تخرجه الظنون التي يؤدي إليها الاجتهاد .

وقالوا أيضاً : لو كانت العبارة بعموم اللفظ لكان نقل الصحابة للأسباب من غير فائدة ، وهذا بعيد .

وأجيب عن ذلك : بأن معرفة السبب لمنع تخصيصه بالاجتهاد ، على أن معرفة أسباب التشريع بيان للمراد من سر التشريع ، وسائر أدلة المخالفين مما ينبغي الاعراض عنه^(١) .

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بأن عدول المجيب عن الخاص المسئول عنه إلى العام دليل لارادة العموم ، ولأن الحجة قائمة بما يفيد اللفظ ، وهو يقتضى العموم ، ووروده على السبب لا يصلح معارضاً ، والصحابة رضوان الله عليهم فهموا من مثل ذلك العموم وعملوا به ، وعامة نصوص الشارع إنما ترد على أسباب خاصة .

قال الشوكاني : " وهذا المذهب هو الحق الذي لا شك فيه ، ولا شبهة لأن التعبد للعباد إنما هو باللفظ الوارد عن الشارع وهو عام ، ووروده على سؤال خاص لا يصلح قرينة لقصره على ذلك السبب ، ومن ادعى أنه

(١) أصول الفقه للشيخ الحنظلي ص ١٧١ - ١٧٢ .

يصلح لذلك قلياتٌ بدليل تقوم به الحجة ، ولم يأت أحد من القائلين بالقصر على السبب بشئ يصلح لذلك ، وإذا ورد في بعض المواطن ما يقتضي قصر ذلك العام الوارد فيه على سبب لم يجاوز به محله بل يقصر عليه ، ولا جامع بين الذي ورد فيه بدليل يخصه ، وبين سائر العمومات الواردة على أسباب خاصة ، حتى يكون ذلك الدليل في ذلك المواطن شاملاً لها^(١).
ويمكن الاستدلال بالتوقف : بأن القاضي توقف إما لعدم الدليل ، أو لأن الأدلة التي وردت في المسألة متساوية لا رجحان لواحد منها على الآخر .

والمذهب الرابع هو مذهب الجمهور : في أن العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، لقوة أدلتهم ، ولأنه يمكن أن يقال : بأنه قد اجتمع في موضوع العام والخاص هنا لفظ للشارع ، وسؤال السائل ، أو وجود السبب .

والمقصود حكم الشارع ، فيقدم عموم لفظ الشارع لأريب ، ويؤكد أنه للشارع أن يفصل الجواب بما يشمل السؤال وزيادة ، كأن يسأل عن الإباحة في أكل طعام معين وشراب ، فيكون الجواب بإباحة البعض ، وبتحريم البعض ، في حين أن السؤال عن الإباحة فقط ، فيتبع قول الشارع .

وكيفاً : فإن أكثر أحكام الشارع إنما جاءت على أسباب ، ولو قصرت عليها لانتفت حكمة العموم في التشريع ، ولتعملت أحكام عديدة .

(١) ارشاد المحرر للشركاني ص ١٣٤ .

والصحابية - رضوان الله عليهم - قد فهموا العموم وعملوا به في وقائع كثيرة ، كان اللفظ العام فيها وارداً على سبب خاص .

المبحث التاسع

هل يعمل بالعام قبل البحث عن المخصص

ذهب أكثر الأصوليين^(١) إلى منع العمل بالعام أو اعتقاد العموم قبل البحث عن المخصص بالقدر الذي يغلب على الظن عدم وجود المخصص^(٢).

وحجتهم في ذلك : أن الذي يقتضى اعتقاد العموم ، هو تجرد هذه الصيغة عما يخصها ، لأنها إذا وردت ولم تتجرد عن دليل التخصيص ، لم تقتضى العموم ، ولا نعلم تجردها عما يخصها إلا بالنظر والبحث ، فلم يجز اعتقاد عمومها قبل النظر والبحث^(٣).

وذهب أبو بكر الصيرفي : إلى جواز التمسك بالعام ابتداء ما لم يظهر دلالة مخصصة .

وحجته في ذلك : بأنه لو لم يجز التمسك بالعام إلا بعد طلب المخصص ، لم يجز التمسك بالحقيقة إلا بعد البحث هل يوجد ما يقتضى صرف اللفظ عن الحقيقة إلى المجاز ، وهذا باطل ، فذلك مثله .

(١) نقل الغزالي والأندلسي وابن الحاجب : الإجماع على هذا . قال الشوكاني : في حكاية الإجماع نظر ، لقول الصيرفي : يجوز التمسك به ابتداء ما لم يظهر دلالة مخصصة . ارشاد الفحول ص ١٣٩ .

(٢) التبعة ص ١١٩ ، الإبهام ١٤٧/٢ ، البحر المحيط ٣٦/٢ ، للسيرة ص ٩٩ ، شرح الكوكب الساطع للسويسي ص ٧١٢ - ٧١٣ ، أصول الفقه للشيخ زعفر ٢٥٩/٢ .

(٣) التبعة ص ١٢٠ .

وليضاً : أن الأصل عدم التخصيص ، وهذا يوجب ظن عدم التخصيص ، فيكنى في اثبات ظن الحكم^(١) .

والذى يترجح فى هذه المسألة : ماذهب إليه أكثر الأصوليين لقوة دليلهم ، ولماكان الاستدلال بالقياس . هنا على الأمر ، والمطلق ونحوهما ، بجامع احتياج كل للحكم به على التحقق من عدم القرينة للصارفة والقيد .

فلا يقال هذا أمر للوجوب ، وهذا مطلق ، ويعمل بهما مالم يغلب الظن بالبحث عدم القرينة للصارفة ، وعدم القيد ، فليكن كذلك فى العموم^(٢) .

(١) ارشاد الفحول ص ١٣٩ - ١٤٠ ، للسودة ص ٩٩ .

(٢) للسودة ص ٩٩ .

المبحث العاشر

عموم المقتضى

المقتضى - بكسر الضاد - : هو اللفظ الدال على طلب زيادة شئ في الكلام لصيانيته عن اللغو ونحوه ، فيكون الحامل على الزيادة هو صيانة الكلام ، أو صحته عقلاً أو شرعاً .

وأما المقتضى - بفتح الضاد - : فهو المزيد ذاته .

وأما الانقضاء : فهو دلالة الشرع على أن هذا الكلام لا يصح إلا بالزيادة^(١) وقد جعل الأصوليون ما يضمنر في الكلام لتصحيحه على النحو التالي :

أولاً : ما أضمر لضرورة صدق الكلام ، كقول النبي ﷺ " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان " ^(٢) فلا شك أن رفع ذات الخطأ وذات النسيان ليس مقصوداً قطعاً ، لأن حقيقتيهما واقعة ، فيتعين التقدير ليصح ويصدق الكلام ، وهو هنا رفع العقوبة أو المؤاخظة أو الضمان أو نحوها .

^(١) كشف الأسرار ٧٥/١ يتصرف .

^(٢) رواه ابن ماجه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ " ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " قال في الزوائد : استاده صحيح أن سلم من الانقطاع ، سنن ابن ماجه - كتاب الطلاق - باب طلاق المكره والناسي ٦٥٩/١ ، ورواه صاحب سبل السلام عن ابن عباس أيضاً ، وقال : قال أبو حامد لا يثبت - سبل السلام كتاب الطلاق ١٠٨٩/٣ - ١٠٩٠ - مكتبة عاطف بالأزهر ، ورواه البيهقي عن عقبه بن عامر ، سنن البيهقي - كتاب الخلع والطلاق - باب ما جاء في طلاق المكره ٣٥٧/٧ ، طبعة دار المعرفة - بيروت .

ثانيًا : ما أضمر لصحة وقوع اللفظ به ، وهذا إما أن نتوقف صحة الكلام عليه عقلاً أو شرعاً .

مثال الأول : قوله سبحانه وتعالى " واسأل القرية " ^(١) فإن الكلام لا يستقيم عقلاً إلا بإضمار لفظ " أهل " فيكون المراد أهل القرية ، ليصح الملفوظ به .

ومثال الثاني : قول القائل اعتق عبدك عني ، فإنه يتضمن الملك وإن لم ينطبق به ، لأن العتق المنطوق به شرط نفاذه شرعاً ، أن يتقدمه الملك ، لضرورة توقف العتق الشرعي عليه ^(٢) .

ومحل الخلاف في عموم المقتضى : هو فيما إذا كان المقام يحتمل عدة تقديرات أحدها يستقيم معه الكلام ، فهل يقتصر عليه أم تقدر معه بقية المعاني على سبيل العموم ، كقوله ﷺ " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان " ؟ فهل يقدر جميع ما يحتمله الحديث ؟ أم يقتصر على أحد هذه التقديرات ، اختلف الأصوليون في ذلك على قولين :

القول الأول : وهو للجمهور : أن المقتضى لا عموم له ، لأنه معنى ثبت اقتضاء لا لفظاً ، والعموم من صفات الألفاظ ^(٣) .

^(١) سورة يوسف من الآية ٨٢ .

^(٢) الأحكام للأمدى ٢٢٩/٢ ، المستصفي ١٨٧/٢ ، كشف الأسرار ٧٦/١ ، البحر المحيط ١٥٥/٣ ، إرشاد النعول ص ١٣١ ، أصول الفقه للبخاري ص ١٥٩ .

^(٣) المستصفي ١٨٧/٢ ، كشف الأسرار ٧٦/١ ، أصول الفقه للزحيلي ٢٧٠/١ .

واستدلوا على ذلك : بأن التقدير انما يكون فيما تقتضيه الضرورة على قدر الحاجة ، والضرورة تقدر بقدرها ، ولا حاجة لاثبات العموم في التقدير مادام المقصود يحصل وتدفع به الحاجة ، ويفيد الكلام بدونه^(١) .

قال الآمدي : وإذا كانت أحكام الخطأ والنسيان في حديث النبي ﷺ متعددة ، فيمتنع اضرار الجميع ، إذ الإضرار على خلاف الأصل ، والمقصود حاصل بإضرار البعض ، فوجب الاكتفاء به ، ضرورة تقليل مخالفة الأصل^(٢) .

القول للثاني : وهو لبعض الأصوليين ، فقد ذهبوا إلى القول بعموم المقتضى^(٣) .

واستدلوا على ذلك : بأن الاضرار لا بد منه ، اما اضرار الكل ، أو البعض ، أو عدم الاضرار لشيء أصلاً ، والقول بعدم الاضرار خلاف الاجماع ، وليس اضرار البعض أولى من البعض ، ضرورة نسبة تساوى اللفظ الى الكل ، فلم يبق إلا إضرار الجميع .

(١) أصول الفقه للدكتور الزحيلي ٢٧٠/١ - ٢٧١ .

(٢) الاحكام للآمدي ٢٣٠/٢ .

(٣) نسبة المرحوم للإمام الشافعي ، حيث قال : وقال الشافعي : للمقتضى عموم . أصول المرحوم ٢٤٨/١ ، وتحقيق هذه النسبة ما ذكره الشريفي حين قال : وقد ينسب القول بعموم المقتضى للشافعي وتحقيقه : ان وجد للمقتضى تقديرات متعددة يستقيم الكلام بكل واحد منها فلا عموم له عنده ، بمعنى أنه لا يصح تقدير الجميع ، بل يقول واحد بدليل معين لأحدهما ... ههنا جمع الجوامع للشريفي ٥٠٩/١ .

وقد رد الأمدى على هذا الاستدلال : بأن قولهم : ليس اضمار البعض أولى من البعض ، انما يصح أن لو قلنا باضمار حكم معين ، وليس كذلك ، بل اضمار حكم ما ، والتعيين الى الشارع^(١).

واستدلوا أيضاً : بأن اضمار الكل أعم فائدة ، وأقرب الى الحقيقة ، وبيان ذلك : أن قوله ﷺ " رفع عن أمتي الخطأ ... " دال على رفع ذات الخطأ ، وهو متعذر ، فوجب تقدير ما هو أقرب إلى رفع الذات ، وهو رفع جميع الأحكام ، لأنه اذا تعذر نفى الحقيقة وجب أن يصار إلى ما هو أقرب إلى الحقيقة ، وهو هنا جميع الأحكام ، لأن رفعها يجعل الحقيقة كالعدم ، فكان الذات قد ارتفعت حقيقة .

وقد رد الأمدى ذلك فقال : ان قولهم : اضمار جميع الأحكام يكون أقرب إلى المقصود من نفى الحقيقة ، يلزم منه تكثير مخالفة الدليل المقتضى للأحكام^(٢) ، وهو وجود الخطأ والنسيان ، فان أحكام الخطأ والنسيان متعددة ، فيمتنع اضمار الجميع إذ الاضمار خلاف الأصل ، ويحصل المقصود باضمار البعض ، فوجب الاكتفاء به ، ضرورة تقليل مخالفة الأصل^(٣) .

(١) الأحكام للأمدى ٢٣١/٢ .

(٢) الأحكام للأمدى ٢٣٠/٢ - ٢٣١ .

(٣) أصول الفقه الاسلامي للزحلي ٢٧٠/١ .

ثمرة الخلاف فى المسألة :

وقد ترتب على موضوع المقتضى خلاف فى بعض الفروع منها :

١ - خلافهم فى الأحكام المترتبة على قول النبى ﷺ " من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له " ^(١) فظاهر اللفظ نفى حقيقة الصوم حساً ، وهذا غير مراد فيكون المراد نفى أن يكون كاملاً أو مجزئاً ، فقال الحنفية : يحمل الحديث على نفى الكمال ، وقال غيرهم : يحمل على نفى الاجزاء ، لكن من قال بعموم المقتضى : فيلزمه القول أن المراد هو نفى الأجزاء والكمال .

٢ - خلافهم فى المفهوم من قول النبى ﷺ " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان " فظاهر اللفظ نفى حقيقة ذات الخطأ والنسيان ، وهذا غير مراد قطعاً ، فيكون المراد بالرفع : هو الحكم ، فمن قال بعموم المقتضى قدر حكيم دنيوى وأخرى .

وقد استدلل المالكية والشافعية والحنابلة بعموم المقتضى فى هذا الحديث وجعلوه شاملاً للحكم الدنيوى ، وهو عدم البطلان ، والحكم الأخرى ، وهو عدم المؤلخدة ، وذلك فى قولهم : لا تبطل الصلاة بكلام قليل ناسياً لو مخطئاً ، وقال الشافعية والحنابلة : لا يبطل الصوم بالأكل ناسياً لو مكرهاً .

(١) رواه الترمذى والدارمى عن حفصة رضى الله عنها ، سنن الترمذى - كتاب الصوم - باب ما جاء لا صيام لمن لم يجمع من الليل ٩٩/٣ ، سنن الدارمى - كتاب الصوم - باب من لم يجمع الصيام من الليل ٦/٢ - ٧ ، دار الكتب العلمية - بيروت .

وعلى القول : بأن لا عموم للمقتضى - كما هو رأى الجمهور -
يكون التقدير برفع الحكم الأخرى ، وهو الأثم ، مراداً بالاجماع ، أى
انعقاده على سقوط الأثم عن الناسى والمخطئ ، وبه ترتفع الحاجة ،
وبصير الكلام مفيداً ، فيبقى معتبراً فى حكم الدنيا^(١) .

^(١) أصول الفقه الاسلامى للزحلى ٢٧١/١ - ٢٧٢ .

المبحث الحادى عشر

ترك الاستفصال فى حكاية الحال ينزل منزلة العموم فى المقال

ينسب للامام الشافعى قول : ترك الاستفصال فى حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم فى المقال .

مثاله : ماروى أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم على عشر نسوة ، فلما أخبر النبى ﷺ بذلك ، قال له ﷺ "أمسك أربعاً وفارق سائرهن" (١) فالنبى ﷺ لم يستفسر منه هل عقد على هؤلاء النسوة بعقد واحد فى زمن واحد ، أو عقد عليهن بعقود متعددة فى أزمان متعاقبة ، فعلم من ذلك أن الحكم وهو امساك أربع ومفارقة الباقي عام فى جميع الأحوال ، فمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فعليه أن يمساك أربعاً منهن ويفارق الباقي ، سواء كان العقد على هؤلاء النسوة فى زمن واحد أو فى أزمان متعددة (٢).

وخالف أبو حنيفة فقال : ان كان العقد عليهن فى وقت واحد فعليه أن يجدد عقد النكاح على أربع منهن ، أى أربع وقع عليهن اختياره .

(١) رواه الامام مالك عن ابن شهاب ، تدوير الحوالك شرح موطأ مالك ١٠٢/٢ - ١٠٣ ، الملكية الثقافية - بيروت ، سنة ١٩٨٤م ، التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف ٣٥٥/٢ ، كتاب

النكاح والطلاق والعدة - طبعة رابعة سنة ١٣٩٥هـ - دار الفكر .

(٢) نهاية السؤل ٧٤/٢ ، البحر المحيط ١٤٨/٣ ، المحصول ٣٩٢/١ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٢٥/٢ ، ارشاد

الفحول ص ١٣٢ ، أصول الفقه الاسلامى للرحلى ٢٧٤/١ .

وان كانت العقود مرتبة فعليه أن يمسك الأربع الأول ويفارق ماعداهن ، لأن العقود الأولى صادفت محلاً قابلاً للعقد فكانت صحيحة ، أما ماعداها فلم يصادف محلاً قابلاً للعقد فكان باطلاً ، وبذلك يكون قد أول في الحديث " أممك أربعاً " فجعل معناه جدد العقد على أربع ، وقال : ان ترك الاستئصال من الرسول ﷺ لا يقضى بالعموم في الحكم ، لجواز أن يكون للرسول قد ترك الاستئصال لكونه عالماً بحال القاتل ، وهو أنه عقد عليهن في وقت واحد^(١) .

ومقاله أبو حنيفة بعيد عن ظاهر الحديث ، فالظاهر مذهب الشافعي .

قد يقال : أن ما نقل عن الشافعي أن ترك الاستئصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال ، يعارضه ما نقل عنه من قوله : حكاية الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال كصاها ثوب الاجمال ، وسقط بها الاستدلال ، فما التوفيق بين النقلين ؟

وفق بينهما القرافي فقال : من المعلوم أن الاحتمال المرجوح لا يؤثر ولا عبرة به ، وإنما المؤثر هو الاحتمال المساوي أو الراجح ، وبذلك يقال : ان كان الاحتمال المؤثر في محل الحكم وليس في دليله كقصة غيلان ، فلا يقدح وهذا ما قصده الشافعي من القول الأول ، وان كان الاحتمال المؤثر في دليل الحكم قدح ، ولا يحتج بهذا الدليل وهذا ما قصده الشافعي من القول الثاني ، وبهذا فلا تعارض بين القولين^(٢) .

(١) شرح تنقيح الفصول ص ١٨٧ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٢٥/٢ - ٢٢٦ .

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٨٧ .

المبحث الثاني عشر

الخطاب الخاص بالرسول ﷺ هل يتناول الأمة وعكسه

إذا ورد خطاب خاص بالرسول ﷺ ، كقوله سبحانه وتعالى :
"يَا أَيُّهَا الْمَزْمَلِ قَمِ اللَّيْلُ إِلَّا قَلِيلًا" ^(١) ، وقوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ اتَّقِ اللَّهَ وَلَا تُطِعِ
الْكَافِرِينَ وَالْمُنَافِقِينَ " ^(٢) فهل يكون هذا الخطاب متناولاً للأمة ، أو يكون غير
متناول لها ، بأن يكون خاصاً بالرسول ؟ اختلف الأصوليون في ذلك على
قولين :

الأول : وهو لجمهور الأصوليين ، أن الخطاب لا يتناول الأمة مالم
يرد دليل من خارج اللفظ .

الثاني : وهو قول الإمام أبو حنيفة ، وأحمد ، واختاره امام
الحرزمين وابن السمعاني ، أن خطاب الرسول ﷺ خطاب لأُمَّته ، الا
مادل دليل أنه من خواصه ^(٣) .

(١) سورة المزمل الآية ١ ، ٢ .

(٢) سورة الأحزاب من الآية ١ .

(٣) المحصول للإمام الرازي ٣٨٨/١ - ٣٨٩ ، الاحكام للأمدى ٢٣٩/٢ ، البرهان لإمام الحرمين ٢٥٠/١ ،
البحر المحيط للزركشي ١٨٦/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٢٩ .

استدل الجمهور : بأن الخطاب موضوع فى اللغة للخصوص وماكان فى اللغة موضوعاً للخصوص ، فكيف يكون مفيداً للعموم .

نوقش هذا الدليل : بأننا لم نقل ان الخطاب يتناول الأمة لغة ، بل نقول أنه يتناولهم من جهة العرف ، ولا مانع من أن يكون اللفظ فى اللغة موضوعاً للخصوص ، مع أنه يفيد للعموم من جهة العرف^(١) .

واستدل أصحاب القول الثانى : بأن أهل العرف يفهمون من قول القائل لمن له منصب الولاية والافتداء : اركب لمناجزة العدو ، ان هذا الخطاب ليس خاصاً به ، بل هو خطاب له ولأتباعه ، مع أن اللغة تجعل هذا الخطاب خاصاً بالمأمور ، والنبي ﷺ قدوة للأمة ومتبع لها ، فالخطاب له خطاب لأمرته عرفاً ، وقد جاء القرآن مؤيداً لذلك ، كقوله سبحانه وتعالى : " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن "^(٢) فلو كان الخطاب خاصاً به لقال تعالى " إذا طلقتم النساء فطلقهن "

فان قام الدليل على خصوصية الخطاب للرسول ﷺ كان الخطاب خاصاً به ، كقوله سبحانه وتعالى : " وإسراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي " إلى قوله " خالصة لك من دون المؤمنين "^(٣) ، وقوله سبحانه وتعالى : " ومن الليل قتهجد به نافلة لك "^(٤) .

(١) أصول الفقه للشيخ زهير ٢١٨/٢ .

(٢) سورة الطلاق من الآية ١ .

(٣) سورة الأحزاب من الآية ٥٠ .

(٤) سورة الإسراء من الآية ٧٩ .

فلو لم يكن الخطاب خاصاً بالرسول ﷺ في الآيتين ، لكان قوله تعالى 'خالصة لك' وقوله تعالى 'ناقلة لك' غير مفيدة فائدة جديدة ، وهو خلاف الظاهر^(١).

والراجع أن الخطاب الخاص بالرسول ﷺ خطاب لأمته ويشملهم، إلا مقام الدليل على تخصيصه به عليه السلام فيختص به ولا يشمل أمته .
وأما إذا كان الخطاب العام بلفظ يأيها الناس ، ويأيها الذين آمنوا، فهل

يدخل الرسول ﷺ في عموم هذا الخطاب ، أو لا يدخل في هذا العموم ؟

اختلف الأصوليون في ذلك على أقوال ثلاثة :

الأول : وهو للشافعية وأكثر العلماء ، أن الخطاب يشمل الرسول
كما يشمل الأمة .

الثاني : وهو لبعض الفقهاء والمتكلمين ، أن الخطاب خاص
بالأمة، ولا يشمل الرسول ﷺ ، لأجل الخصائص الثابتة له .

الثالث : وهو لأبي بكر الصيرفي والحلي ، التفصيل بين أن
يسبق الخطاب تبليغ مثل : قل ، ونحوه ، فلا يشمل ﷺ ، وإن ورد
الخطاب مستترلاً فالرسول ﷺ فيه بمثابة غيره فيشملة^{(٢)(٣)} .

(١) أصول الفقه للشيخ زهر ٢١٩/٢ .

(٢) الأحكام للأندى ٢٥١/٢ ، البحر المحيط للزركشي ١٨٩/٣ ، الرهان لإمام الحرمين ٢٤٩/١ ، المستصفى ٨١/٢ ، شرح الاستوى نهاية السؤل ٧٤/٢ ، شرح الجلال على جمع الجوامع ٢٦/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٢٩ .

(٣) استكر امام الحرمين هذا القول حيث قال : وهو عندنا تفصيل فيه تحيل ، يتشره من لم يعظم حظه من هذا الفن لأن القول فيها جمعاً مستند إلى الله تعالى ، والرسول مبلغ عطائه اليها ، فلا معنى للفرقة - الرهان ٢٥٠/١ ، البحر المحيط ١٨٩/٣ .

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

أولاً : هذه الصيغة عامة لغة في كل الناس وكل مؤمن ، وكل عبد ، والرسول ﷺ سيد الناس والمؤمنين والعبيد ، فكان الخطاب متناولاً له لوجود المقتضى وهو عموم اللفظ لغة ، وانتفاء المانع لأنه لا يتصور ما يمنع من التناول إلا كونه رسولاً أو نبياً ، والنبوة والرسالة لاتعتبر مانعاً من اطلاق هذه الصيغة عليه .

ثانياً : أن الصحابة - رضوان الله عليهم - كانوا يفهمون من هذه الصيغة دخول النبي ﷺ فيها ، ولذلك كان إذا أمرهم بأمر ولم يفعله معهم سألوه ما بالكم لم تفعله ، فقد ثبت أن النبي ﷺ لما أمر أصحابه عام الحديبية بفسخ الحج إلى العمرة ولم يفسخ معهم ، قالوا له أمرتنا بالفسخ ولم تفسخ ولم ينكر الرسول عليهم ذلك ، بل اعتذر لهم بأنه ساق الهدى ومن ساق الهدى فليس له الفسخ ، فعلم من هذا أن الخطابات العامة تشمل الرسول ولا تخص الأمة .

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

أولاً : لو كان الخطاب متناولاً للرسول ﷺ كما هو متناولاً للأمة ، للزم من ذلك أن يكون الرسول مأموراً بالأمر الذي أمرت به الأمة ، فيكون آمراً ومأموراً ، كما يكون آمراً لنفسه ، وكل ذلك باطل ، لأن الشخص لا يأمر نفسه ، ولأن المأمور غير الأمر ، لأن المأمور أقل رتبة والأمر أعلى رتبة منه .

نوقش هذا الدليل : بأن الرسول ﷺ ليس أمراً للأمة وإنما هو مبلغ فقط والأمر هو الله وحده ، وبذلك يكون كل من الرسول والأمة مأموراً فقط .

ثانياً : لو كان الخطاب متناولاً للرسول لكان الرسول مبلغاً ومبلغاً إليه وهو محال .

نوقش هذا : بأن الرسول مبلغ للأمة بهذا الخطاب وليس مبلغاً إليه به ، إنما هو مبلغ إليه بسماعه من جبريل عليه السلام .

واستدل أصحاب القول الثالث :

بأن تصدير الخطاب العام بما يفيد التبليغ يعتبر قرينة على عدم توجه الخطاب إليه ، حتى لا يكون مبلغاً ومبلغاً إليه ، فلا يدخل الرسول ﷺ في هذا الخطاب لوجود المانع ، أما الخطاب العام الذي لم يصدر بما يفيد التبليغ فالمقتضى فيه موجود وهو عموم اللفظ لغة ، والمانع فيه منقطف ، فكان الخطاب متناولاً له عملاً بالمقتضى السالم عن المعارض .

نوقش هذا : بأن تصدير الخطاب العام بما يفيد التبليغ لا يعتبر مانعاً من دخول الرسول فيه ، لأن الرسول ليس مبلغاً إليه بهذا الخطاب وإنما هو مبلغ إليه بسماع جبريل ، وبذلك يكون المقتضى موجوداً والمانع كذلك منتفياً ، فيكون الرسول ﷺ داخلاً فيه كما هو داخل في الخطاب الذي لم يصدر بما يفيد التبليغ ، عملاً بالمقتضى السالم عن المعارض^(١) .

(١) الاحكام للأمدى ٢٥١/٢ - ٢٥٢ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٢٧/٢ - ٢٢٨ .

والدراجح : أن الخطاب العام يشمل الرسول ﷺ كما يشمل أمته ،
من حيث وضع اللغة الشامل لكل مخاطب ، لأن الخطاب وارد عن الله
سبحانه وتعالى .

المبحث الثالث عشر

المخاطب - بكسر الطاء - هل يدخل في عموم خطابه

إذا صدر أمر عام أو خبر عام أو نهى عام من المخاطب وهو المتكلم فهل يكون المتكلم داخلاً في متعلق هذا الأمر أو الخبر أو النهى ، أو لا يكون داخلاً فيه ؟

اختلف الأصوليون في ذلك على قولين :

الأول : وهو قول أكثر العلماء أن المتكلم يدخل في عموم متعلق خطابه .

الثاني : وهو لبعض الأصوليين أن المتكلم لا يدخل في عموم متعلق خطابه ^(١) .

استدل أصحاب القول الأول : بقوله سبحانه وتعالى : " والله بكل شيء عليم " ^(٢) فان هذا القول يشمل ذاته تعالى وصفاته ، وهما داخلان فيه اتفاقاً ، وهو خير .

وأيضاً : أن السيد إذا قال لعبده : من أحسن إليك فأكرمه ، أو قال له : من أحسن إليك فلا تسيئ إليه ، ثم أحسن إليه السيد فلم يكرمه أو أساء إليه ، فانه يكون مقصراً ويستحق اللوم على ذلك ، فلو لم يكن الخطاب

^(١) المحصول ٤٥٢/١ ، الاحكام ٢٥٥/٢ ، المستصفى ٨٨/٢ ، شرح الجلال على جمع الجوامع ٢٩/٢ ، البحر

المحيط ١٩٢/٣ ، الرهان ٢٤٧/١ ، نهاية السؤل ٧٥/٢ ، ارشاد الفقهاء ص ١٣٠ .

^(٢) سورة البقرة من الآية ٢٩ .

متأولاً للسيد وأنه من جملة من أمر العبد بأكرامه أو بعدم الاساءة إليه ،
لما عد العبد مقصراً ولما استحق اللوم لأنه لم يخالف ماأمر به ، فدل ذلك
على أن المتكلم يدخل فى عموم متعلق خطابه ، وهو المدعى .

واستدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

أولاً : لو دخل المتكلم فى عموم متعلق خطابه لكان قوله سبحانه
وتعالى : " الله خالق كل شئ " ^(١) مقتضياً دخوله تعالى فى هذا الخطاب
ودخول صفاته ، وهو باطل اتفاقاً .

ثوئش هذا : بأن الخطاب بمقتضى عمومه لغة يقتضى دخوله
سبحانه ، ولكن العقل منع من الدخول ، فيكون هذا العام مخصصاً بالعقل ،
وتخصيص العام جائزاً اتفاقاً .

ثانياً : قالوا لو كان للمتكلم داخلاً فى عموم متعلق خطابه لكان قول
السيد لعبده : من دخل دارى فتصدق عليه بدرهم مقتضياً دخول السيد فى
هذا الخطاب ، فيكون العبد مأموراً بالتصدق على السيد بالدرهم إذا دخل
السيد الدار ، ولو كان مأموراً بذلك لكان العبد عند امثاله لهذا الأمر
بالتصدق على السيد بالدرهم غير ملوم ، ولا فاعلاً ما يستحق الذم والقبح ،
لكن تصدق العبد على السيد بالدرهم عند دخوله الدار يوجب الذم فى نظر
العلاء ويجعل ذلك مستقبحاً منه ، فدل ذلك على أن السيد داخل فى عموم

(١) سورة الرعد من الآية ١٦ .

متعلق خطابه ، وبالتالي فلا يكون المتكلم داخلاً فى عموم خطابه ، وهو المدعى .

نقش هذا : بأن السيد داخل فى الخطاب بمقتضى عمومه لغة ، ولكن القرينة متعت من دخوله ، فتكون مخصصة للعموم والتخصيص جائز^(١) .

والراجع هو ماذهب إليه أصحاب القول الأول لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض .

^(١) المرمان لإمام الحرمين ٢٤٧/١ - ٢٤٨ ، الأحكام للأمدى ٢٥٥/٢ - ٢٥٦ ، أصول الفقه للشيخ زمر ٢٢٩/٢ - ٢٣٠ .

المبحث الرابع عشر

جمع المذكر السالم هل يتناول الإناث

اتفق الأصوليون : على أن اللفظ الخاص الموضوع لغة لكل من الرجل والمرأة لا يدخل فيه النوع الآخر ، كالرجال والنساء .

واتفقوا أيضاً : على أن لفظ الجمع المجرد عن التذكير والتأنيث يعم الرجل والمرأة ، كلفظ " الناس " .

واختلفوا في لفظ الجمع الذي ظهرت فيه علامة التذكير ، وهو جميع المذكر السالم : كالمسلمين ، والمؤمنين ، هل يتناول الإناث إلى جانب الذكور ؟ أو هو خاص بالذكور ؟ .

اختلف الأصوليون في ذلك على مذهبين :

الأول : أنه خاص بالذكور ، فلا تدخل النساء فيه ، وإلى هذا ذهب الجمهور من الشافعية والحنفية والمالكية واختاره أبو بكر الباقلاني والغزالي .

الثاني : أنه يتناول الإناث كما يتناول الذكور ، وإلى هذا ذهب الحنابلة وبعض الظاهرية^(١) .

(١) البرهان لاسام الحرمين ٢٤٤/١ ، المستصفى ٧٩/٢ ، أحكام الفصول للباحي ص ٢٤٤ ، البحر الرغيب ١٧٨/٣ ، تيسر التحرير ٢٣١/١ ، المجمد ٢٣٣/١ ، أصول الفقه للخضري ص ١٥٨ ، ارشاد الفحول ص ١٢٧ .

استدل الجمهور بما يأتي :

أولاً : ما ثبت عن أم سلمة - رضي الله عنها - أنها قالت :
يا رسول الله ، ان النساء قلن : ما ترى الله ذكر إلا للرجال ، فأنزل الله
سبحانه وتعالى : " ان المسلمين والمسلمات ، والمؤمنين والمؤمنات " ^(١).

وجه الدلالة :

أن النساء لو ذكرن مع الرجال لما صح منهن أن يقان هذا القول ،
ولما أقرهن النبي ﷺ على ذلك .

ثانياً : أن جمع المذكر تكرير لمفرده ، فالمسلمون تكرير لمسلم ،
والمؤمنون تضعيف لمؤمن ، والمفرد المذكر لا يشمل المؤنث اتفاقاً ،
فالجمع لا يتناول المؤنث كذلك .

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي :

أولاً : أن العرب من عاداتهم ومألوفهم أنه إذا اجتمع الذكور مع
الاناث ، غلبوا الذكور على الاناث ولو كان الذكر واحداً ، فعند تمحض
النساء يقال " ادخلن " وعند وجود الذكر معهن يقال " ادخلوا " والقرآن
نزل بلغة العرب ، فكان جارياً على مألوفهم ، وبذلك تكون صيغ جمع
المذكر الواردة في القرآن أو السنة متناولة للاناث إلا ما قام الدليل على
اختصاص الذكور به .

^(١) سورة الأحزاب من الآية ٣٥ .

ثانياً : أن أكثر أوامر الشرع ونواهيهِ قد وردت بصيغة الجمع المذكر ، فلو كانت الصيغة خاصة بالذكور ، لكانت تلك التكاليف خاصة بهم لاتتعداهم إلى النساء ، وهذا خلاف ما أجمعت عليه الأمة ، فكان ذلك دليلاً على أن الصيغة تتناول الجميع .

والراجع من ذلك : ماذهب إليه الجمهور ، لقوة أدلتهم ، ولأن مرجع أدلة المخالفين عند التحقيق لا إلى دخول النساء من ذات اللفظ والصيغة ، وإنما لقرينة أخرى ، كالتغليب ، لأن من لغة العرب تغليب الذكور على الإناث ، ومن باب التجوز ، وليس هذا محلاً للنزاع وإنما محل النزاع جمع للتذكير عند الإطلاق^(١) .

(١) الأحكام للأمدى ٢/٢٤٤ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٢٠ .

﴿ خاتمة ﴾

من خلال هذا العرض لموضوع العام ، تبين لنا أهمية دراسة وتحصيل موضوع " العام " لدارس للفقه ، وغيره من العلوم الأخرى ، باعتباره أحد أهم أقسام اللفظ ، من حيث المعنى للموضوع له ، وهو بمثابة أنموذج لألق وأهم مواضيع علم أصول الفقه ، وهو : الدلالات وكيفية افادتها للأحكام ، باعتبار ذلك أداة الاجتهاد فى استنباط الأحكام .

وقد حاولت غاية الوسع تحرير العبارة الأصولية مع اسناد الآراء إلى أصحابها من مصادر المعتمدة ، وترجيح ما رأيته راجحاً عند اختلاف الرأى .

ولعل الربط بين النظر والتطبيق بالأمثلة ، وأثر الخلاف ، وثمرته ، أفاد تقريب هذا المبحث إلى الواقع .

واسأل الله القبول والسداد ، والعفو عن التقصير ، إنه ولى ذلك ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

﴿مراجع البحث﴾

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - الابهاج في شرح المنهاج لشيخ الاسلام ، على بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٥٦ هـ ، وولده تاج الدين بن عبد الوهاب بن على السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، ط / مكتبة الكليات الأزهرية ، سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- ٣ - الاحكام فى أصول الأحكام ، سيف الدين على بن محمد الأمدى المتوفى سنة ٦٣١ هـ ، طبعة دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة ، سنة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م .
- ٤ - احكام الفصول فى أحكام الأصول للإمام الباجي المالكي تحقيق عبد المجيد تركي ، ط / أولى سنة ١٤٠٧ هـ دار الغرب الاسلامي بيروت ، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري ، ط أولى سنة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، مطبعة الرسالة بيروت .
- ٥ - ارشاد الفحول ، محمد بن على الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ ، ط / أولى - مطبعة مصطفى الحلبي .
- ٦ - أصول السرخسي ، للإمام محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى سنة ٤٩٠ هـ ، ط / أولى ، سنة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان .

- ٧ - أصول الفقه ، للدكتور حسين حامد حسان ، طبع دار النهضة العربية بمصر ، سنة ١٩٧٠م .
- ٨ - أصول الفقه للخضرى للشيخ محمد الخضرى ، ط / المكتبة التجارية الكبرى ، ط / خامسة مطبعة السعادة بمصر ، سنة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م .
- ٩ - أصول الفقه الاسلامى ، للدكتور زكى الدين شعبان ، ط / دار نافع للطباعة والنشر .
- ١٠ - أصول الفقه ، الإمام محمد أبو زهرة ، طبع دار الثقافة العربية للطباعة بمصر .
- ١١ - أصول الفقه ، محمد أبو النور زهير ، طبع دار الطباعة المحمدية بالقاهرة .
- ١٢ - أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسى ، مطبعة دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة .
- ١٣ - أصول الفقه الإسلامى ، للدكتور وهبة الزحيلي ، ط / أولى ، سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م دار الفكر بدمشق .
- ١٤ - البحر المحيط ، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى الشافعى ، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، طبع دار الصفوة للطباعة والنشر بالغرقة تحرير ومراجعة د/ عمر سليمان الأشقر ، د / عبد الستار أبو غدة ، ط / ثانية ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .
- ١٥ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، المتوفى سنة ٥٨٧هـ ، ط / ثانية ، سنة ١٩٨٢م ، دار الكتاب العربى ، بيروت .

- ١٦- البرهان في أصول الفقه ، لإمام الحرمين ، عبد الملك بن عبد الله الجويني المتوفى سنة ٤٧٨هـ ، تحقيق عبد العظيم الديب ، طبعة دار الوفاء للطباعة والنشر بالمنصورة .
- ١٧- التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ، الشيخ منصور على ناصف ، طابعة ، سنة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ، دار الفكر .
- ١٨- التبصرة في أصول الفقه ، الإمام إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو ، طبع دار الفكر بدمشق ، سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ١٩- تكملة المجموع شرح المذهب ، للمحقق محمد حسين العقبى ، مطبعة الإمام بالقاهرة .
- ٢٠- تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١هـ ، المكتبة الثقافية ، بيروت لبنان سنة ١٩٨٤هـ .
- ٢١- تيسير التحرير ، لمحمد أمين ، المعروف بأمير شاه الحسيني ، طبعة دار الفكر .
- ٢٢- الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، ط / دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بمصر ، سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .
- ٢٣- حاشية العطار على جمع الجوامع ، للشيخ حسن العطار ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٤- الرسالة فى أصول الفقه ، للإمام محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار التراث ، القاهرة ، ط/ ثانية ، سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

٢٥- سبل السلام شرح بلوغ المرام ، للشيخ محمد بن اسماعيل الصنعاني، المتوفى سنة ١١٨٢هـ ، طبعة دار الجيل للطباعة بالقاهرة .

٢٦- سنن ابن ماجه ، للإمام أبى عبد الله بن ماجه القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ ، مطبعة دار الفكر بيروت ، دار احياء الكتب العربية لعيسى الحلبي .

٢٧- سنن أبى داود ، للإمام سليمان بن الأشعث المتوفى سنة ٢٧٥هـ تحقيق محمد محبى الدين عبد الحميد ، طبعة دار احياء السنة النبوية، المكتبة التجارية الكبرى بمصر ، المكتبة العصرية ، بيروت.

٢٨- سنن البيهقى (الكبرى) ، للإمام أحمد بن الحسين بن على البيهقى ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .

٢٩- سنن الترمذى ، للإمام أبى عيسى الترمذى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٩٧هـ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، دار الحديث بالقاهرة .

٣٠- سنن الدارمى ، للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى المتوفى سنة ٢٥٥هـ ، طبعة دار للكتب العلمية ، بيروت ، دار الريان ، للتراث .

٣١- سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى وحاشية السندى ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة ، طبعة دار للكتب العلمية ، بيروت .

- ٣٢- شرح الاسنوى نهاية السؤل شرح منهاج الوصول فى علم الأصول ، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الاسنوى المتوفى سنة ٧٧٢هـ - مطبعة محمد على صبيح .
- ٣٣- شرح البديخشى منهاج العقول شرح منهاج الوصول أيضاً ، للإمام محمد بن الحسن البديخشى ، مطبعة محمد على صبيح .
- ٣٤- شرح تنقيح الفصول ، لشهاب الدين أبى العباس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة بمصر ، سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .
- ٣٥- شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ، للشيخ جلال الدين محمد بن أحمد المحلى ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
- ٣٦- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ، للقاضى عضد الملة والدين الايجى المتوفى سنة ٧٥٦هـ - مطبعة الكليات الأزهرية مراجعة الدكتور شعبان محمد اسماعيل .
- ٣٧- الشرح الكبير ومعه حاشية للدسوقى ، طبعة دار الفكر ، بيروت.
- ٣٨- شرح للكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع ، للسيوطى ، رسالة مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة للباحث محمود عبد الرحمن عبد المنعم.
- ٣٩- صحيح مسلم بشرح النووى ، للإمام مسلم بن الحجاج القشبرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ تحقيق عبد الله احمد أبو زينة ، مطبعة الشعب ، دار الكتب العلمية ، بيروت . .

- ٤٠- عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ، للإمام الحافظ بن العربى المالكى المتوفى سنة ٥٤٣هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٤١- عون المعبود شرح سنن أبى داود ، للعلامة أبى الطيب محمد شمس الحق ، تحقيق محمد عبد الرحمن عثمان ، دار الفكر ، بيروت .
- ٤٢- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، للإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ - دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٤٣- فصول الأصول ، لخلفان بن جميل ، طبعة وزارة التراث القومى والثقافى بعمان ، سنة ١٩٨٢م .
- ٤٤- الفصول فى الأصول ، للإمام أحمد بن على الرازى الجصاص ، تحقيق الدكتور / عجيل جاسم النشمى ، مطبعة الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ، سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ٤٥- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، لعبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، مع المستصفى .
- ٤٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ - طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت ، سنة ١٩٧٤م .
- ٤٧- لسان العرب ، لأبى الفضل جمال الدين محمد بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ ، طبعة دار المعارف .

- ٤٨- اللمع في أصول الفقه ، للشيخ ابراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، ط ثالثة سنة ١٣٧٧هـ / ١٩٥٧م ، مطبعة مصطفى الحلبي .
- ٤٩- المبسوط ، لشمس الدين السرخسي ، طبعة دار المعرفة بيروت ، سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
- ٥٠- المحصول في أصول الفقه ، لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ - ط / أولى سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .
- ٥١- المستصفي من علم الأصول ، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، طبعة ثانية دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
- ٥٢- مسند الإمام إحمد ، للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ - طبعة دار صادر بيروت .
- ٥٣- المسودة في أصول الفقه ، لآل تيمية عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢هـ ، وعبد الحليم بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٨٢هـ ، وأحمد بن عبد الحليم المتوفى سنة ٧٢٨هـ ، مطبعة المدني بمصر .
- ٥٤- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ - طبعة بيروت لبنان .
- ٥٥- المعتمد في أصول الفقه ، لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ، المتوفى سنة ٤٣٦هـ - ط أولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .
- ٥٦- مغني المحتاج شرح المنهاج ، لمحمد الخطيب الشربيني ، مطبعة عيسى الحلبي .

٥٧- المغنى على الشرح الكبير ، لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ - دار الكتاب العربى بيروت ، سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

٥٨- المنتقى من أخبار المصطفى ، لمجد الدين أبى البركات عبد السلام الشهير بابن تيمية - ط / ثانية ، سنة ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م ، طبعة دار الفكر .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٧١	المقدمة
٧٤	المبحث الأول : فى تعريف العام فى اللغة وفى الاصطلاح
٧٨	المبحث الثانى : فى ألفاظ العموم
٨٧	المبحث الثالث : فى دلالة العام
٩١	المبحث الرابع : فى ثمره الخلاف فى دلالة العام
	حكم تخصيص عام القرآن بخاص خبر
٩١	الآحاد والقياس
٩٦	تعارض العام مع الخاص
١٠٣	المبحث الخامس : فى أقسام العام
١٠٧	المبحث السادس : فى تخصيص العام
١٠٧	التخصيص فى اللغة
١٠٧	التخصيص فى اصطلاح الأصوليين
١٠٩	المخصص وأنواعه
١٠٩	المخصص المتصل
١٠٩	أنواعه
١١٠	الاستثناء المتصل
١١١	شروط الاستثناء

الصفحة	الموضوع
١١٣	الاستثناء بعد الجمل
١١٦	ثمرة الخلاف
١١٧	النوع الثاني : الشرط
١١٨	النوع الثالث : الصفة
١١٨	النوع الرابع : الغاية
١١٩	المخصص المنفصل وأقسامه
١١٩	القسم الأول : العقل
١٢٠	القسم الثاني : الحس
١٢١	القسم الثالث : الدليل السمعي
١٢١	تخصيص الكتاب بالكتاب
	تخصيص للكتاب بالسنة المتواترة
١٢٤	قولية أو فعلية
١٢٦	تخصيص الكتاب بالاجماع
	تخصيص عام الكتاب والسنة المتواترة بخبر
١٢٦	الأحاد
١٣٤	تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بالقياس ..
١٤٠	المبحث السابع : في العام بعد للتخصيص
	المبحث الثامن : في العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص
١٤٣	السبب

الصفحة	الموضوع
١٥٠	المبحث التاسع: هل يعمل بالعام قبل البحث عن المخصص؟
١٥٢	المبحث العاشر : فى عموم المقتضى
١٥٦	ثمره الخلاف فى المسألة
	المبحث الحادى عشر : فى ترك الاستفصال فى حكاية
١٥٨	الحال ينزل منزلة العموم فى المقال
	المبحث الثانى عشر : فى الخطاب الخاص بالرسول صلى
١٦٠	الله عليه وسلم هل يتناول الأمة وعكسه
	المبحث الثالث عشر : فى المخاطب هل يدخل فى عموم
١٦٦	خطابه
	المبحث الرابع عشر : فى جمع المذكر السالم هل يتناول
١٦٩	الإناث ؟
١٧٢	الخاتمة
١٧٣	مراجع البحث
١٨١	فهرس الموضوعات

بحث في
حجية عمل أهل المدينة عند الأصوليين

إعداد
دكتور / مدحت مصطفى أحمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، منتهى حمد الحامدين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين ، ورضى الله عن كل الصحابة أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن عمل أهل المدينة يعتبر أصلاً من الأصول التي اعتنى بها الإمام مالك ، إذ هو الأصل الرابع من الأصول التي بنى عليها فقهه بعد الكتاب والسنة والاجماع .

عده دليلاً شرعياً يعتد به ، ومصدراً فقهياً يعتمد عليه في فتاويه ولهذا كان كثيراً مايقول - بعد ذكر الأخبار والأحاديث - الأمر المجتمع عليه عندنا ، أو الأمر المجتمع عليه ببلدنا ، أو الذي عليه أهل العلم ببلدنا . أما جمهور العلماء : فلم يجعلوه أصلاً مستقلاً بذاته .

وإنما أثار إختلافاً كبيراً بينهم ، وقد انصب هذا الإختلاف كله على أخذ الإمام مالك بعمل أهل المدينة فيما سجله في كتابه الموطأ ، وفي غيره فيما نقل عنه كالمدونة .

من ذلك رسالة الليث بن سعد جواباً على رسالة الإمام مالك إليه والتي يعتذر فيها لمالك عن عدم لزوم الالتزام بكل عمل أهل المدينة ، ومن ذلك كتاب الشافعي الذي سجله عنه الربيع في الأم .

ومن ذلك أيضاً كتاب محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة - رحمه الله - بعد أن حضر إلى المدينة وأخذ عنه الموطأ ، وسمى كتابه " الحجة على أهل المدينة " (١) .

إلا أن هذا الاختلاف حمل بعض المؤلفين على أن يخلط في العزو فيعزو إلى الإمام الشافعي كلام بعض منكرى الإجماع ، ويكون بصنيعه هذا قد اتخذ دليلاً على أن الشافعي ، وهو تلميذ لمالك ينكر إجماع أهل المدينة .

وهذا ما صنعه الإمام الرازي في كتابه مناقب الإمام الشافعي ، حيث نقل عن الإمام الشافعي أنه قال في الكتاب الذي وضعه عن مالك : " أن هناك مسائل ترك فيها الإمام مالك الأخبار الصحيحة لقول واحد من الصحابة ، أو لقول بعض التابعين أو لرأى نفسه ، وذلك أنه ربما يدعى الإجماع ، وهو مختلف فيه " .

وقال الإمام الرازي أيضاً : " ثم بين للشافعي أن ادعاء إجماع أهل المدينة قول ضعيف " (٢) .

وهو ما صنعه أيضاً الإمام الشوكاني في كتابه : إرشاد الفحول ، حيث قال : قال الشافعي في كتاب اختلاف الحديث : قال بعض اصحابنا :

(١) عمل أهل المدينة : عطية محمد سالم ص ١٤ ، ١٥ .

(٢) مناقب الإمام الشافعي للإمام الرازي ص ٥٢ ، ٥٣ .

إنه حجة ، وما سمعت أحداً ذكر قوله إلا عابه ، وإن ذلك عندى معيب " (١) .
كما سبقه الزركشى إلى هذا فى كتابه البحر المحيط (٢) .

بينما نجد أن الشافعى نقل عنه فى أكثر من موضع من رواية
يونس ابن عبد الأعلى : قال : قال لى الشافعى : إذا وجدت متقدماً أهل
المدينة على شئ فلا يدخل قلبك شك أنه الحق ، وكلما جاءك شئ غير ذلك
فلا تلغى إليه ، ولا تعباً به .

وفى لفظ : إذا رأيت أوائل أهل المدينة على شئ فلا تشك أنه
الحق " .

وقال القاضى أبى يعلى - فى فصل ترجيحات الألفاظ - فإن اقترن
بأحدهما عمل المدينة لم يقدم به ، بخلاف لأصحاب الشافعى فى قولهم: يقدم
به .

وذكروا ذلك فى حديث للترجيح فى الأذان ، وإنه يقدم على غيره ،
لأنه عمل أهل المدينة بعد النبى - ﷺ - (٣) .

بل إن الامام الرازى - بعد أن انتهى من الحديث عن إجماع أهل
المدينة - قال : فهذا هو تقرير قول مالك - رحمه الله - وليس بمستبعد
كما اعتقده هو وجمهور أهل الأصول (٤) .

لذا فإننى قبل أن أتكلم على حجية عمل أهل المدينة ، أو حجة
المالكية فيما اختلفوا فيه مع غيرهم ، سوف أقوم أولاً بتحقيق مذهب

(١) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٨٢ .

(٢) البحر المحيط للزركشى ٤٨٣/٤ .

(٣) المعنى فى أصول الفقه لأبى يعلى ١٠٥٢ .

(٤) المحصول فى علم الأصول للإمام الرازى ١٦٦/٢ .

المالكية في عمل أهل المدينة - بأن أشير إلى ما نقل عن الإمام مالك ، مع بيان المراد فيما نقل عنه - حيث إن من حقق النظر فيما نقل عن الإمام مالك يجد أن المالكية لا يقولون بإجماع أهل المدينة ، وإنما مذهب المالكية في حقيقة أمره عمل أهل المدينة وروايتهم أرجح من عمل غيرهم وروايتهم .

هذا ، وقد خططت لبحثي هذا فجعلته في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة .

- أما المقدمة : ففي بيان خطة البحث وأهميته .
- وأما المبحث الأول : ففي تحقيق مذهب المالكية في عمل أهل المدينة .
- وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : فيما نقل عن الإمام مالك في عمل أهل المدينة .
- المطلب الثاني : في تحرير مذهب الإمام مالك .
- وأما المبحث الثاني : فقد عقنته لبيان حجية عمل أهل المدينة .
- وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : في تحرير محل النزاع ، وأقوال العلماء .
- المطلب الثاني : في الأدلة .
- وأما المبحث الثالث : ففي تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف في حجية عمل أهل المدينة في اختلاف الفقهاء .
- وفيه سبعة مطالب :
- المطلب الأول : إقامة الصلاة .
- المطلب الثاني : فائتة للسفر .

- المطلب الثالث : سجدات التلاوة .
- المطلب الرابع : الزكاة فى الفواكه والخضروات .
- المطلب الخامس : خرص التمر والعنب .
- المطلب السادس : المرأة إذا فارقها زوجها الثانى وعادت إلى الأول .
- المطلب السابع : توريث ذوى الأرحام .
- وأما الخاتمة : فقد بينت فيها أهم ما استبان لى من هذا البحث .
- هذا والناظر فى بحثى يرى صدق قولى ، فلن يكن صواباً
فمن الله ، وإن كانت الأخرى فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه
برينان .

دكتور

ملاحت مصطفى أحمد

المبحث الأول

فى تحقيق مذهب المالكية
فى عمل أهل المدينة

وفيه مطلبان :

★ المطلب الأول : مانقل عن الإمام مالك فى عمل أهل المدينة

★ المطلب الثانى : تحرير مذهب الإمام مالك

المطلب الأول

ما نقل عن الإمام مالك في عمل أهل المدينة

- قال الغزالي : " عن مالك فقط الإنعقاد بالمدينة ^(١) .
- وقال الرزقي : " قال مالك : إجماع أهل المدينة وحدها حجة ،
- وقال الباقر : ليس كذلك ^(٢) .
- وقال الآمدي : " اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم
- لا يكون حجة على من خالفهم في حالة انعقاد إجماعهم ، خلافاً لما لك فإنه
- قال : يكون حجة ^(٣) .
- وقال البيضاوي : " قال مالك - رضى الله عنه - إجماع أهل
- المدينة حجة ^(٤) .
- وقال ابن الحاجب : " إجماع المدينة من الصحابة والتابعين حجة
- عند مالك ^(٥) .
- وقال الإمام القرافي : " وإجماع أهل المدينة عند مالك فيما طريقه
- للتوقيف حجة ، خلافاً للجميع ^(٦) .

(١) راجع : لمصنفى من علم الأصول للغزالي ٢٣٢/٢ .

(٢) راجع : المحصول في علم الأصول للرزقي ١٦٢/٢ .

(٣) راجع : الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣٤٥/١ .

(٤) راجع : منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي ٢٨٧/٢ .

(٥) راجع : مختصر للتهذيب لابن الحاجب ٣٥/٢ .

(٦) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لشهاب الدين القرافي ص ٣٣٤ .

وقال ابن حزم : " وقالت طائفة : الإجماع هو إجماع أهل المدينة ،
ثم قال ابن حزم : وهذا قول المالكيين ^(١) .

وقال البخارى : " نقل عن مالك - رحمه الله - أنه قال : أهل
المدينة إذا أجمعوا على شئ لم يعتد بخلاف غيرهم " ^(٢) .

وقال العلامة بدر الدين الزركشى : " إجماع أهل المدينة على
الإنفراد لا يكون حجة ، وقال مالك : إذا أجمعوا لم يعتد بخلاف غيرهم " ^(٣) .
وقال ابن الهمام : " ولا ينعقد بأهل المدينة وحدهم ، خلافاً
لمالك " ^(٤) .

وقال أبو الحسين البصرى : وحكى عن مالك أنه قال : قال :
إجماع أهل المدينة وحدهم حجة ^(٥) .

وقال الأسمندى : وحكى عن مالك ، وجماعة : أنهم جعلوا إجماع
أهل المدينة وحدهم حجة ^(٦) .

وقال ابن النجار : وكذا لا يكون إجماع أهل المدينة حجة مع مخالفة
مجتهد عند جماهير العلماء

ثم قال : وخالف فى ذلك الإمام مالك - رضى الله عنه - ^(٧) .

^(١) راجع : الأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ١٤٥/٢ .

^(٢) راجع : كشف الأسرار للبخارى ٢٤١/٣ .

^(٣) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٣/٤ .

^(٤) تيسر التحرير لأمر بادشاه ٢٤٤/٣ .

^(٥) راجع : المختار فى أصول الفقه لأبى الحسين البصرى ٣٤/٢ .

^(٦) راجع : بلل النظر فى الأصول للأسمندى ص ٥٤٦ .

^(٧) راجع : شرح الكوكب للنير لابن النجار ٢٣٧/٣ .

وقال الإمام الشيرازي : " وقال مالك : إذا اجتمع أهل المدينة ، لم يعتد بخلاف غيرهم " (١) .

وقال الإمام الشوكاني : " إجماع أهل المدينة على نفرادهم ليس بحجة عند الجمهور ، لأنهم بعض الأمة " .

وقال مالك : " إذا أجمعوا لم يعتد بخلاف غيرهم " (٢) .

قلت : بل صرح الإمام بأخذه بعمل أهل المدينة في فتاويه ، وبين بعض البواعث التي بعثته على ذلك .

وليس هناك أدل على اتجاه مالك هذا من الرسالة التي بعث بها إلى الليث بن سعد - فقيه مصر - رضى الله عنه - .

والتي نصها :

من مالك بن أنس إلى الليث بن سعد ، سلام عليكم ، فإنني أحمد الله الذي لا إله إلا هو ، أما بعد :

عصمنا الله وإياك بطاعته في السر والعلانية ، وعافانا الله وإياكم من كل مكروه .

واعلم - رحمك الله - أنه بلغني أنك تقى الناس بأشياء مخالفة لما عليه الناس عندنا وببطلنا الذي نحن فيه ، وأنت في أمانتك وفضلك ومنزلتك من أهل بلدك ، وحاجة من قبلك إليك واعتمادهم على ماجاء منك ، حقيق بأن تخاف على نفسك ، وتتبع ما نرجو النجاة باتباعك ، فإن

(١) راجع : اللع في أصول الفقه للشيرازي ص ٥٠ .

(٢) راجع : إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ص ٨٠ .

الله - تعالى - يقول فى كتابه : " والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار....^(١) الآية .

وقال تعالى : " فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه...^(٢) الآية .

فإنما الناس تبع لأهل المدينة ، إليها كانت الهجرة وبها تنزل القرآن وأحل الحلال ، وحرم الحرام ، كان رسول الله - ﷺ - بين أظهرهم ، يحضرون الوحي والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه .
ويمس لهم فيتبعونه ، حتى توفاه الله ، واختار له ماعنده - صلوات الله عليه ورحمته وبركاته .

ثم قام من بعده اتبع الناس له من أمته ممن ولى الأمر من بعده ، فلما نزل بهم مما علموا أنفذه ، ومالم يكن عندهم فيه علم سألوا عنه .
ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا فى ذلك فى اجتهداهم وحدثة عهدهم ، وإن خالفهم مخالف ، أو قال امرؤ غيره أقوى منه وأولى ترك قوله وعمل بغيره .

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبل ، ويتبعون تلك السنن .

فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولاً به لم أر لأحد خلافة ؛ الذى بين أيديهم من تلك الوراثة التى لايجوز انتحالها ولا ادعاؤها .

^(١) من الآية (١٠٠) من سورة التوبة .

^(٢) من الآيتين (١٨٠١٧) من سورة الزمر .

ولو ذهب أهل الأمصار يقولون : هذا العمل ببلدنا وهذا الذى مضى عليه من مضى منا ، لم يكونوا فيه من ذلك على ثقة ولم يكن لهم من ذلك الذى جاز لهم .

فانظر - رحمك الله - بما كتبت إليك لنفسك ، واعلم أنى أرجو ألا يكون دعائى إلى ما كتبت به إليك إلا النصيحة لله وحده ، والنظر لك ، والظن بك فانزل كتابى منزلة ، فإني فعلت تعلم أنى لم ألك نصحاً وفقنا الله وإياك لطاعته وطاعة رسوله فى كل أمر وعلى كل حال ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته^(١) .

كذا نقل العلماء عن الإمام مالك قوله فى عمل أهل المدينة.

لكن : ما مراد من قول الإمام مالك هذا فيما نقل عنه ، أو فيما جاء فى نص رسالته السابق ذكرها ؟

هذا ما سوف نبينه - إن شاء الله تعالى فى المطلب التالى .

(١) من كتاب أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى الخنص ٤٥٧-٤٥٨ عن كتاب تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور / محمد يوسف موسى ٢٠٣-٢٠٤ عن كتاب ترتيب المدارك للقاضى عياض ص ٣٤ ، وراجع : اعلام اللوطين عن رب العلين لابن القيم ٧٢/٣ ، ٧٣ .

المطلب الثانى

تحرير مذهب الإمام مالك فى عمل أهل المدينة

أولاً : تفسير مراد الإمام مالك فيما نقل عنه فى حجية عمل أهل المدينة :
اختلف أصحاب الإمام مالك فى تفسير مذهبه هذا على أقوال متعددة .

قال الباجى : إنما أراد - أى الإمام مالك فيما نقل عنه - بعمل أهل المدينة ما طريقه النقل المستفيض ، أى المنقولات المستمرة المتكررة الوجود كثيراً : كالصاع والمد ، والأذان ، والإقامة ، وعدم الزكاة فى الخضروات ، مما تقضى العادة بأن يكون فى زمن النبى - ﷺ - فإنه لو تغير عما كان عليه لعلم .

ثم قال الباجى - أيضاً - فأما مسائل الاجتهاد فهم وغيرهم فيها سواء^(١) .

قال العلامة بدر الدين الزركشى - معلقاً على ما ذكره الباجى -
حكاه القاضى فى " التقريب " عن شيخه الأبهري^(٢) .

قلت : وإليه ذهب القرافى فى شرح " المنتخب " وصحح فى مكان آخر التعميم فى مسائل الاجتهاد وفيما طريقه النقل .

^(١) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤/٤٨٤ ، ارشاد الفحول ص ٨٢ .

^(٢) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤/٤٨٤ .

وقال ابن أمير الحاج : وهو رأى أكثر المغاربة من أصحابه ،
وذكر ابن الحاجب : أنه الصحيح ، وقالوا في رسالة مالك إلى الليث بن
سعد مايدل عليه ^(١) .

وقيل : مراده - أى الإمام مالك - أن روايتهم مقدمة على رواية غيرهم .
ونقل ابن السمعاني وغيره : أن للشافعى فى " القديم " مايدل على هذا ^(٢) .
وقيل : إنه أراد أن يكون إجماعهم أولى ولا تمتنع مخالفته .
وقيل : إن قوله محمول على إجماع المتقدمين من أهل المدينة ^(٣) .

وقد أشار للشافعى - رضى الله عنه - إلى هذا فى " القديم " ورجع
رواية أهل المدينة على غيرهم ، من رواية يونس بن عبد الأعلى ، قال : قال
لى الشافعى - رضى الله عنه - : إذا وجدت متقضى أهل المدينة على شئ فلا
يدخل قلبك شك أنه للحق ، وكلما جاءك شئ غير ذلك ، فلا تلتفت إليه ، ولا تعباً
به ، فقد وقعت فى البحار ، وقعت فى اللجج .

وفى لفظ له : إذا رأيت أولئ أهل المدينة على شئ فلا تشك أنه
الحق ، والله إني لك ناصح ، والقرآن لك ناصح ، وإذا رأيت قول سعيد
ابن المسيب فى حكم أو سنة فلا تعدل عنه إلى غيره ^(٤) .
وقيل : أراد بإجماع أهل المدينة : الفقهاء السبعة وهدم ^(٥) .

^(١) راجع : شرح تنقيح الفصول ص ٣٣٤ ، التقرير والتحرير على تحرير الكمال ١٠٠/١ ، الاحكام فى أصول
الاحكام للأمدى ٣٤٩/١ ، مختصر ابن الحاجب ٣٥/٢ .

^(٢) راجع : التقرير والتحرير ١٠٠/١ ، بلذ النظر ص ٥٤٦ ، للمتمد فى أصول الفقه ٣٤/٢ .

^(٣) راجع : الاحكام فى أصول الاحكام للأمدى ٣٤٩/١ .

^(٤) راجع : البحر المحيط ٤٨٥/٤ ، التقرير والتحرير ١٠٠/١ .

^(٥) وهم من التابعين : ابن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وخارجة بن زيد وأبو بكر بن عبد
الرحمن بن الحارث بن هاشم ، وسليمان بن يسار ، وعبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود . راجع : إعلام
الموقعين ٢٣/١ ، للمتعول ص ٣١٤ .

بمعنى : أنه إذا أجمعوا على مسألة إنعقد بهم الإجماع ، ولم يجز لغيرهم مخالفتهم .

قال أبو منصور : ووجه ذلك : لعلمهم كانوا عنده أهل الاجتهاد في ذلك دون غيرهم .

ثم رد هذا أبو منصور بقوله : إنه ليس بصحيح .

وقال القاضي عياض : هذا لم يقله مالك ولا نقل عنه .

وقال أبو منصور : بل الصحيح الأول ، يعني : فقهاء أهل المدينة بالإطلاق^(١) .

^(١) راجع : حجية الإجماع للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ٤٢٠ ، نقلاً عن ترتيب المدارك
٣٥،٣٤/١ ، إجماع الأمة حجة شرعية للأستاذ الدكتور / سعيد مصيلحي ص ٢٥٤ .

ثانياً : تفسير مراد الامام مالك فيما نقل عنه من مصطلحات فى فتاويه
ورسالته إلى الليث بن سعد :

جاء فى المدارك للقاضى عياض : قيل لمالك : قولك فى الكتب ،
وفى بعض النسخ فى الكتاب : " الأمر المجتمع عليه " و " الأمر عندنا "
و " أدركت أهل العلم " و " سمعت بعض أهل العلم " إلى آخره .
فقال : أما أكثر ما فى الكتب " فرأى " فلعمرى ما هو برأى ،
ولكن سماع من غير واحد من أهل العلم والفضل والأئمة المقتدى بهم
الذين أخذت عنهم ، وهم الذين كانوا يتقون الله ، فكثرت على ، فقلت :
" رأى " وذلك رأى إذا كان رأيهم مثل رأى الصحابة أدركوهم عليه
وأدركتهم أنا على ذلك ، فهذا وراثته توارثوها قرناً عن قرن إلى زماننا .
وما كان فيه : " الأمر المجتمع عليه " فهو ما اجتمع عليه من قول
أهل الفقه والعلم ، لم يختلفوا فيه .

وما قلت : " الأمر عندنا " فهو ما عمل الناس به عندنا ، وجرت به
الأحكام ، وعرفه الجاهل والعالم .

وكنك ما قلت فيه : " ببلدنا " ، وما قلت فيه : " بعض أهل العلم "
فهو شئ استحسنته من قول العلماء .

وأما ما لم أسمع منه (أى منهم) فاجتهدت ونظرت على مذهب من
لقبته ، حتى وقع ذلك موقع الحق ، أو قريباً منه ، حتى لا يخرج عن
مذهب أهل المدينة وآرائهم ، وإن لم أسمع ذلك بعينه ، فنسبت الرأى إلى
بعد الإجتهد مع السنة ، ومامضى عليه أهل العلم المقتدى بهم ، والأمر

المعمول به عندنا منذ لدن رسول الله - ﷺ - والأئمة الراشدين ، مع
من لقيت ، فذلك رأيهم ماخرجت إلى غيرهم^(١) .

^(١) راجع : عمل أهل المدينة عطية محمد سالم ، ص ٤٧ ، ٤٨ ، نقلاً عن ترتيب المدارك ص ٧٤٢٥٦/٢ .

ماهية عمل أهل المدينة :

عمل أهل للمدينة - كما قال بعض المتأخرين^(١) - منه ما هو متفق عليه بين المسلمين ، ومنه ما هو قول جمهور أئمة المسلمين ، ومنه ما لا يقول به إلا بعضهم ، وذلك لأن عمل أهل المدينة على مراتب أربعة :

المرتبة الأولى :

عمل أهل المدينة مما تقضى العادة بأن يكون فى زمن النبى - ﷺ -
- أو الذى يجرى مجرى النقل المستفيض : بحيث ينقله الجمهور عن الجمهور من قول النبى - ﷺ - أو فعله : كقتل الأذان والإقامة ، وعدد ركعات الصلاة وسجدها ، ومقدار المد والصاع ، وعدم الزكاة فى الخضروات .

قال ابن تيمية : فهذا هو المرتبة الأولى لإجماع أهل المدينة ، وهو حجة باتفاق المسلمين^(٢) .

وقال ابن القيم : فهذا النقل ، وهذا العمل حجة يجب اتباعها ، وسنة متقاه بالقبول على الرأس والعينين ، وإذا ظفر العالم بذلك قرت به عينه ، واطمأنت إليه نفسه^(٣) .

وقال القاضى عبد الوهاب : إجماع أهل المدينة على ضربين :
نقلى ، واستدلالى :

(١) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٢/٢٠ .

(٢) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٨/٢٠ .

(٣) إعلام الموقعين ٣٩١/٢ .

فالأول : على ثلاثة أضرب : منه نقل شرع مبتدأ من جهة النبي

- ^(١) - إما من قول أو فعل أو إقرار .

فالأول : كنقلهم للصاع والمد والآذان والإقامة والأوقات والأحباس

ونحوه .

والثاني : نقلهم للمتصل : كعهدة الرقيق^(١) وغير ذلك .

والثالث : كتركهم أخذ الزكاة من الخضروات مع أنها كانت تزرع

بالمدينة ، وكان النبي - ^(ص) - والخلفاء بعده لا يأخذونها منها الزكاة .

قال : وهذا النوع من إجماعهم حجة ، يلزم عندنا المصير إليه

وترك الأخبار والمقاييس به ، لا اختلاف بين أصحابنا فيه^(٢) .

وقال أبو العباس القرطبي :

أما الضرب الأول : فينبغي أن لا يختلف فيه ، لأنه من باب النقل المتواتر ، ولا فرق بين القول ، والفعل ، والإقرار ، كل ذلك نقل محصل للعلم القطعي ، فإنه عدد كثير ، وجم غفير تحيل العادة عليهم التواطؤ على خلاف الصدق ، ولا شك أن ما كان هذا سبيله أولى من أخبار الآحاد والأقيسة والظواهر^(٣) .

(١) العهدة في الأصل : العهد ، وهو الأوامر والالتزام .

وعرفا تعلق ضمان البيع بالبيع في زمن معين وهي قسمان : عهدة ثلاثة أيام ، يرد فيها العبد بكل

عيب حادث في خلال الثلاثة أيام .

عهدة السنة : وهي بعكسها ، يرد فيها العبد بسبب ثلاثة أقوال هي : الجزم ، الحرص ، الجشون ومحل

العمل بالعهدين : أن شرطاً عند البيع ، أو اعتياداً بين الناس ، أو حمل السلطان الناس عليهما ، راجع : الشرح

الصغير للاردبر ٧٥/٣ ، ٧٦ .

(٢) راجع : البحر المحيط للزركشي ٤٨٦/٤ .

(٣) للرجع السابق .

وقال أبو الحسن الإبيارى : الأعمال المنقولة عن أهل المدينة بالاستفاضة لاخلاف فى اعتمادها^(١) .

ومن الأمثلة على ذلك :

ماحدث من القاضى أبى يوسف - رحمه الله - حين التقى بالإمام مالك ، وتناقشا فى مقدار الصاع والمد ، بحضرة الرشيد ، فاستدعى مالك أبناء المهاجرين والأنصار من أهل المدينة ، فجاءوا بمكييل آبائهم التى توارثوها عن أجدادهم أصحاب رسول الله - ﷺ - المتداولة فى عهده - عليه الصلاة والسلام - فاتفقت كلها ، وكل من أتى بمد ، قال : إنه أخذه عن أبيه أو عن عمه أو عن جده .

ثم أخرج مالك - رحمه الله - صاعاً وقال : هذا صاع النبى - ﷺ - فقدره أبو يوسف فوجده خمسة أرطال وثلاث ، فرجع أبو يوسف - رحمه الله - عن رأى أهل الكوفة فى الصاع والمد إلى قول أهل المدينة^(٢) وقد بين أبو عبيد فى كتاب الأموال ما استدل به أهل للعراق فقال : وإنما نرى أهل العراق ذهبوا إلى أن الصاع ثمانية أرطال ، لأنهم سمعوا النبى - ﷺ - كان يفتل بالصاع ، وسمعوا فى حديث آخر أنه كان يفتل بثمانية أرطال وفى حديث آخر أنه كان يتوضأ برطلين فتوهموا أن الصاع ثمانية أرطال .

وقد اضطرب مع هذا قولهم فجعلوه أنقص من هذا .

(١) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤/٤٨٧ .

(٢) راجع : مجموع خاوى ابن تيمية ٢٠/٣٠٦ ، ٣٠٧ .

ثم قال : ولما أهل الحجاز : فلا اختلاف بينهم فيه ، والصاع عندهم خمسة أرطال وثلاث ، يعرفه عالمهم وجاهلهم ، ويباع فى أسواقهم ويحمل علمه قرن عن قرن .

وقد كان يعقوب - أى أبو يوسف صاحب أبى حنيفة - زماناً يقول : كقول أصحابه فيه ، ثم رجع عنه إلى قول أهل المدينة^(١) .

سأل الإمام أبو يوسف الإمام مالكاً عن صدقة الخضروات فقال : هذه بقتل أهل المدينة لم يؤخذ منها صدقة على عهد رسول الله - ﷺ - ولا أبى بكر ولا عمر .

فقال أبو يوسف : قد رجعت ، ولو رأى صاحبى ما رأيت لرجع كما رجعت^(٢) .

حكى الشافعى : أنه اجتمع مالك وأبو يوسف عند الرشيد فتكلما فى الوقف ، وماحبسه للناس .

فقال يعقوب : هذا باطل ، لأن محمداً - ﷺ - جاء بإطلاق الحبس (بما ورد عن ابن عباس رضى الله عنه - أنه قال : لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها للفرائض والموارث - قال رسول الله - ﷺ - لاحبس عن فرائض الله^(٣) .

(١) راجع : كتاب الأموال لأبى عبيد ص ٥١٧ .

(٢) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٦/٢٠ .

(٣) راجع : السنن الكبرى للبيهقى ١٦٢/٦ ، سنن الدارقطنى ٤٥٤/٢ ، شرح معانى الآثار للطحاوى ٩٧،٩٦/٤ ، نيل الأوطار للشركانى ٢٣/٦ .

وبما ورد عن أبي عون عن شريح قال : جاء محمد - عليه السلام - بمنع الحبس^(١) .

فقال مالك - رضي الله عنه - إنما جاء بإطلاق حبس ماكان يحبسونه لأكثهم من البحيرة والمسابية .

وأما الوقف : فهذا وقف عمر بن الخطاب (ورد أن عمر أصاب أرضاً من أراضي خيبر ، فقال يا رسول الله : أصبت أرضاً بخيبر ، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه ، فما تأمرني ؟

قال : (" إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ")^(٢) .

وهذا وقف الزبير ، فأعجب الخليفة بهذا الكلام ، وسكت يعقوب^(٣)

المرتبة الثانية :

العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان - رضي الله عنه - .

قال العلامة بدر الدين الزركشي : هذا كله حجة عند مالك حجة عندنا أيضاً .

ونص عليه الشافعي ، فقال في رواية يونس بن عبد الأعلى : إذا رأيت قد ماء أهل المدينة على شيء فلا يبق في قلبك ريب أنه الحق .

^(١) هذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى لفظه ١٦٣/٦ ، باب : من قال لأحبس عن فرائض الله عز وجل ، كما أخرجه الدارقطني في سننه ٤٥١/٢ .

^(٢) راجع : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٥٩/٥ ، سنن الدارقطني ١٨٧/٤ ، نيل الأوطار للشوكاني ٢٠/٦ .

^(٣) راجع : مناقب الإمام الشافعي ص ٥٠ ، الهداية شرح بداية المبتدي ١٣/٣ ، شرح لقرشي ٧٨/٧ ، مؤاعب الجليل للخطاب ١٨/٦ ، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين غي الدين التروي ٦٧/٣ .

وهذا هو ظاهر مذهب أحمد : فإن عنده : أن ماسنه الخلفاء الراشدون حجة يجب اتباعها .
وقال أحمد : كل بيعة كانت بالمدينة فهي خلافة نبوة ، ومعلوم أن بيعة الصديق ، وعمر وعثمان وعلى كانت بالمدينة ، وبعد ذلك لم يعقد بها بيعة .

ويحكي عن أبي حنيفة أن قول الخلفاء عنده حجة^(١) .

المرتبة الثالثة :

إذا تعارض في المسألة دليلان : كحد يثين وقياسين ، فهل يرجح أحدهما بعمل أهل المدينة؟
هذا موضع الخلاف .
فذهب مالك والشافعي : إلى أنه مرجح .
وذهب أبو حنيفة إلى المنع .
وعند الحنابلة : قولان .
أحدهما : المنع ، وبه قال للقاضي أبو يعلى وابن عقيل .
والثاني : مرجح ، وبه قال أبو الخطاب ، ونقل عن نص أحمد ،
ومن كلامه : إذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو الغاية^(٢) .

المرتبة الرابعة :

العمل المتأخر بالمدينة ، أو اجتهد متأخرى المدينة من غير أن يظهر لهم موافق أو معارض من روايتهم أو رواية غيرهم .

(١) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٣٠٨ ، ٣٠٩ ، البحر المحيط للزركشي ٤/٤٨٦ ، ٤٨٧ .

(٢) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٣٠٩ ، ٣١٠ ، البحر المحيط للزركشي ٤/٤٨٧ .

الجمهور على أنه ليس بحجة شرعية ، وبه قال الأئمة الثلاثة ، وهو قول المحققين من أصحاب مالك^(١) .

وقال بدر الدين الزركشى فى البحر : ذكر القاضى عبد الوهاب فى " الملخص " أن هذا ليس إجماعاً ولا حجة عند المحققين ، وإنما يجعله حجة بعض أهل المغرب من أصحابه ، وليس هؤلاء من أئمة النظر والدليل ، وإنما هم أهل تقليد .

وإليه يشير مانقله عبد الرزاق عن مالك ، من أنه قال : قدم علينا ابن شهاب قدمه ، فقلت له : طلبت العلم حتى إذا كنت وعاء من أوعيته تركت المدينة ، فقال : كنت أسكن المدينة والناس ناس ، فلما تغيرت الناس تركتهم .

ويشهد له أيضاً : أن مالكا لما أراد الرشيد حمل الناس على ما فى الموطأ : كما حمل عثمان للناس على القرآن ، قال له : أما حمل للناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ، لأن أصحاب رسول الله - ﷺ - اختلفوا بعده فى الأمصار ، فحدثوا ، فعند كل أهل مصر حديث .

وقال القاضيان الباجى وعبد الوهاب : أن إجتهدهم واجتهاد غيرهم سواء^(٢) .

(١) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١١/٢٠ .

(٢) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٧/٤ ، اوشاد فبحول للشوكاتى ص ٨٢ ، أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء للأستاذ الدكتور / مصطفى سعيد الحن ص ٤٥٩ - ٤٦١ ، حجة الإجماع للأستاذ

وسبق أن ذكرنا : أن للقاضي عبد الوهاب : جعل إجماع أهل المدينة على ضربين : نقلی ، واستدلالی .
فالأول : ما ذكرناه في المرتبة الأولى .

ثم قال القاضي : والثاني - وهو ما يتناول المراتب الثلاث الأخرى - هو إجماعهم من طريق الاستدلال : اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه :

أحدهما : أنه ليس بإجماع ، ولا مرجح ، وهو قول أبي بكر بن منيات وأبي يعقوب الرزازي ، وابن فورك ، والقاضي أبي بكر ، وأبي الفرج ، والطائفتين والابهرى ، وأنكروا كونه مذهباً لمالك .

وثانيها : أنه مرجح ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي .
وثالثها : أنه حجة ، ولم يحرم خلاقه ، وإليه ذهب قاضي القضاة أبو الحسين بن عمر^(١) .

وقال أبو العباس القرطبي :

أما الضرب الأول : فلا خلاف فيه - وهو ما سبق في المرتبة الأولى .

وأما الثاني : فالأولى فيه أنه حجة إذا انفرد ومرجع لأحد المتعارضين ، ودليلنا على ذلك : أن الأحكام والأعمال مازال الصحابة هم المشافهين لأسبابها الفاهمين لمقاصدها ، ثم التابعون نقلوها ، وضبطوها .

الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ملامح من حياة الفقيه المحدث مالك بن انس امام دار المحنة للأستاذ الدكتور / محمد علي طه ريان ص ٦١ - ٦٤ .

(١) راجع : البحر المحيط للزركشي ٤/٤٨٥ ، ارشاد النحول ص ٨٢ ، التقرير والتحجير ١/١٠٠ .

وعلى هذا فإجماع أهل المدينة ليس بحجة من حيث إجماعهم بل، إنما هو إما من حيث نقلهم المتواتر ، وإما من جهة مشاهدتهم لقرائن الأحوال الدالة على مقاصد للشرع .

قال : وهذا النوع الاستدلالي إن عارضه خبر ، فالخبر أولى عند الجمهور ، لأنه مظنون من جهة واحدة - وهى العلو - وعلمهم الإجتهادى مظنون من جهة الطريق إلى مستندهم ، ومن جهتهم ، فكان للخبر أولى . وقد صار كثير من أصحابنا إلى أنه أولى من الخبر بناء منهم على أنه إجماع ، وليس بصحيح ^(١) .

هذا ، والذي حققه أكابر علماء المالكية ^(٢) : فى هذا الشأن : أن مالكا - رحمه الله - إنما عول على أقوال أهل المدينة وجعلها حجة فيما طريقه النقل : كمسألة الأذان ، وترك الجهر بـ " بسم الله الرحمن الرحيم " ومسألة الصاع وغير ذلك من المسائل التى طريقها النقل ، واتصل العمل بها فى المدينة على وجه لا يخفى مثله ، ونقل نقلاً بحجج تقطع العذر .

أما ما نقله أهل المدينة من سنن رسول الله - ﷺ - من طريق الأحاد ، وما أدركوه من الاستنباط والاجتهاد ، فهذا لا فرق فيه بين علماء المدينة وعلماء غيرها : فى أن النصير منهم إلى ماعضده الدليل والتزجيج ، ولذلك خالف مالك - رحمه الله فى مسائل عدة أقوال أهل المدينة .

(١) المراجع السابقة .

(٢) أمثال القاضي عبد الوهاب ، وأبو الوليد الباجي ، والقاضي عياض - رحمهم الله تعالى - راجع : حجة عمر الأحاد وأثرها فى الفقه الإسلامى للدكتور / حسن ستوى عبد الوهاب ٨٢٣/٢ .

من ذلك مخالفته لهم فى التتريب من ولوغ الكلب حيث ذهب الشافعية ، والحنبلة إلى وجوب غسل الإناء بالتراب ويكون التتريب فى إحدى الغسلات السبع .

واستدلوا على ذلك :

بقول النبى - ﷺ - " إذا ولغ الكلب فى إناء أحكم فليغسله سبع مرات إحداهن بالتراب " (١) .
وفى رواية : أولاهن بالتراب .

فهذا يدل على وجوب التتريب ، لأن الأمر للوجوب .
بينما يرى الإمام مالك غسله سبعاً بلا تتريب .

وقال : أما رواية التتريب : فإن النقل فيها مضطرب ، وإن كان عمل أهل المدينة التتريب ، فقد ذكرت رواية التتريب بلفظ : " أولاهن " ولفظ : " إحداهن " ، ولفظ : " أخراهن " وفى رواية " السابعة " ، وفى أخرى " الثامنة " .
والاضطراب يوجب عدم الأخذ بالحديث .

وبناء على ما حققه هؤلاء العلماء : يبادر القاضى عياض بنفى نسبة الآراء التالية إلى الإمام مالك ، وهى :

(١) صحيح البخارى ، كتاب الوضوء ، باب : إذا شرب الكلب فى الإناء ٢١٤/١ ، صحيح مسلم ، كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب ١٨٢/٣ .

١ - عدم قبول الأخبار إلا ما صححه عم لأهل المدينة :

بمعنى : أنه إذا كانت هناك أخبار ، ولا عمل لأهل المدينة على وفاتها أو خلافها ، فإنه لا يصح أن ينسب إلى مالك أنه يرد الأخبار ما لم يكن لها مؤيد من عمل أهل المدينة ، فقد قال القاضي عياض : إن نسبة هذا إلى مالك من الجهل بمذهبه ، أو للكنب عليه .

ب - القول بعدم الاعتداد إلا بإجماعهم :

إن لا يعقل أن يقولوا بإجماع أهل المدينة ، ولا يقولوا بإجماع الأمة وقد صرح المالكية : أن إجماع الأمة حجة ، ثم عدوا بعد ذلك إجماع أهل المدينة ، وجعلوه من المختلف فيه ، ولم ينقلوا الخلاف عن المالكية في الإجماع العام أصلاً .

ج - القول بإجماعهم على عمل بطريق الإجتهد والإستدلال :

وذلك لأنهم بعض الأمة^(١) .

قال البخارى فى كشف الأسرار - فى معرض مناقشة مذهب الإمام مالك - لأن النصوص تدل على زيادة فضلها ، لا على أن إجماع أهلها دون غيرهم حجة قطعية يجب متابعتها ضرورة ، بل موافقة للغير شرط فى وجوب المتابعة^(٢) .

(١) راجع : أحكام الفصول للباحث ص ٤١٣ - ٤١٧ ، حجة عمر الأحاد للذكر / حسن ستوى ٨٢٤/٢ .

(٢) راجع : كشف الأسرار للبخارى ٢٤٢/٣ .

المبحث الثانى حجية عمل أهل المدينة

وفيه مطلبان :

★ المطلب الأول : فى تحرير النزاع ، وأقوال العلماء

★ المطلب الثانى : فى الأدلة

المطلب الأول

فى تحرير النزاع ، وأقوال العلماء

قبل كشف القناع عن خلاف الأصوليين فى المسألة يحسن بنا
تحرير النزاع ، فنقول :
سبق أن ذكرنا : أن عمل أهل المدينة على ضربين :
نقلى ، واستدلالى .

وأنه لا نزاع فى عمل أهل المدينة النقلى ، وإليه يشير ما نقلناه فى
المرتبة الأولى .

وإنما النزاع فى عمل أهل المدينة الاستدلالى : لذلك قال ابن القيم :
وأما العمل الذى طريقه الاجتهاد والاستدلال فهو معتزك النزال ومحل
الجدال^(١).

وهو منحصر فى عمل أهل المدينة الاستدلالى الذى أيدته خبر ،
وعارضه آخر ، فهل يرجع عمل أهل المدينة بالخبر الموافق أم لا ؟
أو أن يكون عملهم لا مستند له من رواية عنهم ولا عن غيرهم ،
وليس له معارض من أخبارهم أو أخبار غيرهم .

(١) إعلام الموقمين لابن القيم ٣٩١/٢ .

أما إذا كان عملهم لم يؤيد برواية لهم أو لغيرهم ، ولكن عارضه رواية لهم أو لغيرهم ، فهو خارج عن محل النزاع ، ولا يصح نسبته إلى المالكية ، نظراً لأنهم أنفسهم مختلفون فيه ، بل أنكر الأبهري وغيره : أن يكون مذهب الإمام مالك : الاحتجاج بالعمل دون الخبر .

قلت : ويشهد لذلك ماورد عن الإمام مالك فى مسألة التتريب .

ويجب أن يقيد ذلك بالعمل فى عصر الصحابة والتابعين :

وعليه يكون المراد بإجماع أهل المدينة : اتفاق كل مجتهدى أهل المدينة الموجودين فيها على حكم شرعى فى عصر الصحابة أو التابعين .
وذلك بأن يكون هذا العمل الاستدلالي صادراً من المتقدمين من أهل المدينة ، قبل مقتل سيدنا عثمان - رضى الله عنه - وإليه يشير ما نقلناه فى المرتبة الثانية .

أما إذا كان صادراً من المتأخرين من أهل المدينة ، فهو خارج عن محل النزاع ، إذ لا خلاف فى أنه ليس بحجة .

أما من جعله حجة - وهم بعض أهل المغرب من أصحاب الإمام مالك فقد قال القاضى عبد الوهاب : ليس هم أئمة للنظر ، والدليل أنهم أهل تقليد وإليه يشير ما نقلناه فى المرتبة الرابعة .

وبدل لذلك - أى التقييد بعصر الصحابة والتابعين - : ما قاله شمس

الأئمة الصرخسى :

ومن الناس من يقول : الإجماع الذى هو حجة إجماع أهل

المدينة.....

ثم قال : ثم إن كان مراد القائل : أهلها الذين كانوا في عهد رسول الله - ﷺ - فهذا لا ينازع فيه أحد ، وإن كان المراد أهلها في كل عصر ، فهو قول باطل ، لأنه ليس في بقعة من البقاع اليوم في دار الإسلام قوم هم أقل علماً وأظهر جهلاً وأبعد عن أسباب الخير من الذين هم بالمدينة ، فكيف يستجاز القول بأنه لا إجماع في أحكام الدين إلا إجماعهم؟
ويقول تاج الدين السبكي : ولا ينبغي أن يظن ظان : أن مالكاً يقول بإجماع أهل المدينة لذاته في كل زمان ، وإنما هو إلى زمان مالك ، حيث أثار النبي - ﷺ - بها أكثر ، وأهلها بها أعرف^(١).

ويقول ابن الحاجب : إجماع المدينة من الصحابة والتابعين حجة^(٢).

ويقول ابن تيمية : والكلام إنما هو في إجماعهم في تلك الأعصار المفضلة ، وأما بعد ذلك : فقد اتفق الناس على أن إجماع أهلها ليس بحجة إذ كان حينئذ في غيرها من العلماء مالم يكن فيها^(٣).

ويقول الحافظ بن حجر : إن فضل المدينة ثابت لا يحتاج إلى إقامة دليل خاص ، ولكن هل معنى ذلك تقديم أهلها في العلم على غيرهم ؟
إن قلنا : إن المراد بذلك تقديمهم في بعض الأعصار ، وهو العصر الذي كان فيه النبي - ﷺ - مقيماً به فيها ، والعصر الذي بعده

(١) راجع : أصول السرعى ٣١٤/١ .

(٢) راجع : مختصر ابن الحاجب ٣٥/٢ .

(٣) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٩٣/٢٠ .

أقوال العلماء

عمل أهل المدينة الاستدلالى : إذا كان له رواية توافقه ورواية أخرى تعارضه ، فهل يرجح بالرواية التى توافقه أم لا ؟
أو عمل أهل المدينة إذا تجرد عما يعارضه أو يؤيده ، فهل يكون أرجح من اجتهاد غيرهم ؟

ذهب المالكية إلى اعتبار عمل أهل المدينة أرجح من اجتهاد غيرهم .
وذهب الجمهور إلى عدم اعتباره كذلك ، بل أهل المدينة كغيرهم ، وعملهم على انفرادهم ليس بحجة .
كذا فى عامة كتب الأصول^(١) .

وفى فتاوى ابن تيمية : إذا تعارض فى المسألة دليلان : كحديثين وقياسين ، فهل يرجح أحدهما بعمل أهل المدينة ؟ هذا موضع الاختلاف .
فذهب مالك والشافعى : إلى أنه مرجح .
وذهب أبو حنيفة : إلى المنع .
وعند الحنابلة : قولان .

أحدهما : المنع ، وبه قال للقاضى أبو يعلى وابن عقيل .
والثانى : مرجح ، وبه قال أبو الخطاب ، ونقل عن نص أحمد ،
ومن كلامه : إذا روى أهل المدينة حديثاً عملوا به فهو الغاية^(٢) .

^(١) راجع : شرح المعتمد على مختصر للمتهى لآمين الحافظ ٣٥/٢ ، الاحكام فى أصول الأحكام للأمدى ٣٤٥/١ ،
التفريق والتحرير ١٠٠/٣ ، أصول السرخسى ٣١٤/١ ، كشف الاسرار للبخارى ٣٤١/١ ، شرح الكوكب
النير ٢٣٧/٣ ، بذل النظر للأستدنى ص ٥٤٦ ، حجة الإجماع للأستاذ الدكتور / عماد محمود فرغلى ، إجماع
الإمامة حجة شرعية د/ سعيد مصيلحي ص ٢٥٦ .

^(٢) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٩/٢٠ ، ٣١٠ .

المطلب الثانى

فى الأدلة

أولاً : أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على ماذهبوا عليه بما يأتى :

قالوا الإجماع هو اتفاق مجتهدى أمة محمد - ﷺ - بعد وفاته فى عصر من العصور على حكم من الأحكام - أو مايقارب هذا المعنى .
وعليه فإن وجود الإجماع موقوف على اتفاق جميع المجتهدين ، ولايكفى فى تحققه وجود بعضهم ، وهم أهل المدينة ، وإذا كان وجود الإجماع متوقفاً على الكل ، فكيف يوجد بالبعض ؟ وما لا يوجد كيف ينتصب دليلاً وحجة ؟

كما قالوا : إن الذى دل على كون الإجماع حجة وارد بلفظين :

لفظ المؤمنين : فى قوله تعالى : "كُتِبَ خَيْرَ أَمَةٍ أُخْرِجَتْ للناس

أنسروا بالمعروف وتنهوا عن المنكر وتؤمنون بالله" (١).

ولفظ الأمة : فى قوله تعالى : "وكذلك جعلناكم أمة وسطاً" (٢) .

وهاتان اللفظتان غير مخصوصتين ببلدة دون بلدة ، فوجب اعتبار

الكل ، وذلك ، لأن الأماكن لا تؤثر فى كون الأقوال حجة (٣) .

(١) من الآية (١١٠) من سورة آل عمران .

(٢) من الآية (١٤٣) من سورة البقرة .

(٣) راجع : المحصول فى علم الأصول للرازى ١٦٤/٢ ، بذل النظر ص ٥٤٦ ، المعتمد فى أصول الفقه ٣٤٢/٢ .

ولأن القول به يؤدي إلى المحال ، لأن من كان ساكن المدينة كان قوله حجة ، فإذا خرج منها لا يكون قوله حجة ، ومن كان قوله حجة في مكان ، كان قوله حجة في كل مكان : كالرسول - ﷺ - كذا قال الإمام الرازي في "المحصول" .

ثم قال : والجواب^(١) :

قوله : " الأدلة على أن الإجماع حجة غير مختصة بقوم دون قوم " قلنا : " تلك الأدلة لا تقتضي أن إجماع أهل المدينة حجة ، ولكنها لا تبطل ذلك ، فإذا اثبتناه بدليل منفصل لم يلزمنا محذور .
قوله : " لا أثر للمكان " .

قلنا : لا استبعاد في أن يخص الله - تعالى - أهل بلدة معينة بالعصمة كما أنه لا استبعاد في أن يخص الله تعالى أهل زمان معين بالعصمة ، فإنه تعالى خص أمتنا بالعصمة من بين سائر الأمم .
قوله : " من كان قوله حجة في مكان ، كان حجة في كل مكان : كالنبي - ﷺ - " .

قلنا : هذا قياس طردى في مقابلة النص ، فكان باطلاً^(٢) .
وعباة الخنجرى : ولحتج الجمهور : بأن لفظ المؤمنين في الآية ، والأمة في الخبر : لا يقتضيان حجة اتفاق أهل المدينة دون غيرهم .

^(١) من تيل للمعارض .

^(٢) راجع : المحصول في علم الأصول ١٦٤/٢ .

ثم قال : فإن قيل : هذا ضعيف ، لأنه لا يلزم من عدم دلالة هذين اللفظين على حجية إجماعهم عدم الحجية ، لجواز أن يكون ثمة دليل آخر على حجية اتفاقهم ، فهو ممنوع ، إذا الأصل عدم دليل آخر .
ولمجرد أن كان دليل آخر لا يثبت حجية إجماع أهل المدينة .

قال العبري : وفيما قال الخنجي نظر ، إذ القائل بحجية إجماع أهل المدينة يقرر السؤال هكذا : لا يلزم من عدم دلالة هذين على حجية إجماع أهل المدينة عدم الحجية ، وإنما يلزم أن لو لم يكن هنا دليل دال على حجيته ، لكن معنا دليل عليه ، وهو الحديث الدال على نفى الخبث ، أعني : الخطأ عنهم ، وحينئذ فالتمسك بأن الأصل عدم ذلك الدليل باطل .

ثم قال : ولعل الضعف للمشار إليه : أن الحديث ورد في جماعة كرهوا الإقامة بالمدينة ، وهذه قرينة مانعة عن الحمل على نفى الخطأ .

قال الفاضل المراغي : ويحتمل أن يكون وجه الضعف : هو أن قوله - ﷺ - " المدينة تنقى الخبث " لا يقتضي الدوام فلا يجب أن يكون الخبث منتفياً عنها دائماً ، فلا يجب كون إجماعهم حجة .

وأقول : لو صح ما ذكره - أي للفاضل المراغي - لوجب أن يكون التمسك بأية المشاقة ، وبقوله - ﷺ - " لا تجتمع أمتي على الضلالة " ^(١) ضعيفاً ، إذ هذان القولان لا يقتضيان الدوام ، فلا تجب حرمة المشاقة دائماً ، ولا عدم اجتماع الأمة على الضلالة كذلك ، فلا يجب كون إجماع الأمة حجة .

^(١) راجع : سنن الترمذي ٤٦٦/٤ ، سنن أبي داود ٩٨/٤ .

لكن التمسك بالآية ، والخبر المذكورين من أقوى الدلائل على حجية الإجماع ، بل عند الأكثر دليل حجية الإجماع منحصر فيهما^(١) .

كما احتجوا بقوله - ﷺ - " لا تجتمع أمتي على خطأ " .
إذا قال ابن النجار : العصمة من الخطأ تنسب للأمة كلها ، ولا تدخل للمكان في الإجماع ، إذ لا أثر لفضيلته في عصمة أهله ، بدليل مكة المشرفة^(٢) .

وقال القرافي : ومفهومه - أي قوله - ﷺ - " لا تجتمع أمتي على خطأ " أن بعض الأمة يجوز عليه الخطأ .

وجوابه : أن منطوق الحديث المثبت - وهو قوله - ﷺ - " المدينة تنفي الخبث " - أقوى من مفهوم الحديث الثاني^(٣) .

(١) راجع : شرح البدرمشي ٢٨٧/٣ ، ٢٨٨ ، اللمع في أصول الفقه ص ٤٩ .

(٢) راجع : شرح الكوكب للمير ٢٣٧/٢ ، أصول الفقه لعماد أبي النور زهير ١٥٤/٣ .

(٣) راجع : شرح تنقيح الفصول ص ٣٨٤ .

أدلة الإمام مالك ومن تبعه

استدل الإمام مالك وأتباعه على مذهبوا إليه بما يأتي :

الدليل الأول :

لقد صرح الإمام مالك بأخذه بعمل أهل المدينة في رسالته التي وجهها إلى الإمام الليث بن سعد - رحمه الله - وبين الحجة التي دفعته لأن يملك هذا المسلك .

وأساس هذه الحجة : أن القرآن المشتمل على الشرائع وفقه الإسلام نزل بها ، وأهلها هم أول من وجه إليهم التكليف ، ومن خطبوا بالأمر والنهي ، وأجابوا داعي الله فيما أمر ، وأقاموا عمود الدين .

ثم قام فيهم من بعد النبي ﷺ أتبع للناس له من أمته أبو بكر ثم عمر ثم عثمان - رضي الله عنهم - فنفذوا سننه بعد تحريها ، والبحث عنها مع حداثة العهد .

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبل ، ويتبعون تلك السنن .

فالمدينة لهذا قد ورثت علم السنة وفقه الإسلام في عهد تابعي التابعين .

فإذا كان الأمر بها ظاهراً معمولاً به لم يجز لأحد خلافة ، للورثة التي آلت إليهم ، ولا يجوز لأحد انتحالها لبلدة ولا ادعاؤها له .

هذه حجة مالك رضي الله عنه في احتجاجة بعمل أهل المدينة وإن كان في بعض الأحيان يقدم عمل أهل المدينة على خبر الآحاد ، لهذا

المعنى الذى ذكره ، وهو أن ذلك الرأى المشهور المعمول به فى المدينة هو سنة مأثورة مشهورة ، والسنة المشهورة مقدمة على أخبار الآحاد وذلك لأن عملهم كقولهم حجة ، فهم مطلعون على أقوال وأفعال الرسول - ﷺ - وهم أدري بما استقر عليه الأمر من حالة - ﷺ - فمخالفتهم مقتضى خبر الآحاد ، لاطلاعهم على ما هو مقدم عليه .

فالإمام مالك أخذ بعمل أهل المدينة باجتهاده أثراً عن النبى - ﷺ -
- أوثق نقلاً ، وأصدق حكاية^(١) .

قلت : ويتلخص دليل الإمام مالك السابق فى أمرين ، ذكرهما
الآمدى فى الأحكام :

الأمر الأول : أن المدينة هى دار هجرة الرسول - ﷺ - ومهبط
الوحى ، ومستقر الإسلام ، ومجمع الصحابة ، فلا يجوز أن يخرج الحق
عن قول أهلها^(٢) .

نوقش ذلك : بأن ما ذكرتموه دال ولاشك على تفضيل المدينة ،
لكنه لا يدل على نفى الفضيلة عن غيرها ، ولا على الاحتجاج بإجماع
أهلها .

ولهذا : فإن مكة أيضاً مشتملة على أمور موجبة لفضلها : كالبيت
الحرام ، والمقام ، وزمزم ، والصفاء والمروة ، ومواضع المناسك وهى
مولد النبى - عليه السلام - ومبعثه ، ومولد اسماعيل ، ومنزل ابراهيم -
عليهما السلام - ولم يدل ذلك على الإحتجاج بإجماع أهلها على مخالفتهم ،

(١) بالمعنى من رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد ص ١٩٥-١٩٧ من البحث .

(٢) راجع : الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١/ ٣٥٠ ، ٣٥١ .

إذا لاقائل به ، وإنما الاعتبار بعلم العلماء ولجتهاد المجتهدين ، ولا أثر للبقاع في ذلك ^(١) .

ويجاب عنه : بأن تخصيص المدينة بالذكر يفيد إظهار شرفها ، فلزم منه أن أخبار أهلها وأعمالهم أولى بالقبول من أعمال غيرهم ، وأخبارهم ، والمدعى أرجحيته فقط ^(٢) .

الأمر الثاني : إن أهل المدينة شاهدوا التنزيل ، وسمعوا التأويل ، وكانوا أعرف بأحوال الرسول - ﷺ - من غيرهم ، فوجب أن لا يخرج الحق عنهم ^(٣) .

نوقش ذلك : بأن هذا لا يدل على انحصار العلم فيها ، والمعتبرين من أهل الحل والعقد ، ومن تقوم الحجة بقولهم ، فإنهم كانوا منتشرين في البلاد ، متفرقين في الأمصار ، وكلهم فيما يرجع إلى النظر والاعتبار سواء .

ولم يخص ذلك بموضع دون موضع ، لعدم تأثير الموضع في ذلك ^(٤) .

ويجاب عن ذلك : بأن أهل المدينة مجتمعون يتشاورون ويتناظرون فيبعد أن لا يطلع أحد منهم على دليل المخالف مع رجحانه ، ولا يشك أحد

^(١) المرجع السابق .

^(٢) راجع : حجية الإجماع للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ٤٣٨ .

^(٣) راجع : الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ٣٥٠/١ .

^(٤) راجع : الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ٣٥٠/١ .

فى أن أهل المدينة كانوا أعرف بأسباب النزول ، وظلوا على مشاهدة لاعماله - عليه السلام - وأقواله إلى آخر لحظة فى حياته الشريفة^(١).

واحتج من نصر مذهب الإمام مالك بالنص والمعقول :
أما النص :

مأخرجه البخارى فى صحيحه : أن النبى - عليه السلام - قال " إنما المدينة كالكير تنفى خبثها ، وينصع طيبها "^(٢) .

وقوله - عليه السلام - : " إن الايمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها "^(٣) .

وقوله - عليه السلام - " لا يكيد أهل المدينة أحد إلا إنماع كما ينماع الملح فى الماء "^(٤) .

وجه الدلالة من هذه النصوص :

أن المدينة تنفى الخطأ ، لأن الخطأ من الخبث .

أن الايمان ينتشر فى المدينة ويجتمع فيها كما تنتشر الحية من جحرها فى طلب ماتعيش به ، فإذا راعها شئ رجعت إلى جحرها ، فكذلك الايمان يضم ويجتمع وينتشر فى المدينة .

(١) راجع : شرح البلدى ٢/٢٨٨ ، التقرير والتحير ١/١٠١ .

(٢) راجع : صحيح البخارى بشرح فتح البارى لابن حجر العسقلانى ١٣/٣٠٣ .

(٣) راجع : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ٤/٩٤ .

(٤) راجع : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ٤/٩٣ .

من أراد أهل المدينة بسوء أذابه الله كما ينوب الملح في الماء ومجموع هذه الأحاديث يفيد أن : أهل المدينة هم الخلاصة ، وهم أفاضل الناس ، وأعتقلهم .

ومن كان هذا شأنه في الدين والعقل ، كان أبعد عن الخطأ في النقل والعمل .

ومن كان أبعد عن الخطأ ، كان قوله وفعله أقرب إلى القبول من غيره^(١) .

إلا أن هذا نوقش من وجهين :
الوجه الأول :

ضعف ابن الحاجب ، وكذا الإمام البيضاوي الاستدلال بهذا الحديث .

قال الإمام الأسنوي : ووجهه : أن الحمل على الخطأ متعذر ، لمشاهدة وقوعه من أهلها ، لأن الخبث في اللغة لا يفهم منه معنى الخطأ ، وإلا لكان الحديث إخباراً من رسول الله - ﷺ - على أن الخطأ لا يقع من أهل المدينة ، ولا يستطيع أحد إدعاء ذلك لمشاهدة وقوعه من أهلها^(٢) ، لذلك يقول إمام الحرمين : " لو اطلع مطلع على ما جرى بين لاتبنيها من المخازي لقضى العجب "^(٣) .

(١) حجة الإجماع للأستاذ الدكتور / محمد عمود فرغلي ص ٤٣٧ .

(٢) راجع : شرح الأسنوي ومعه شرح البديعني ٢٨٧/٣ ، ٢٨٩ ، شرح العبد علي مختصر ابن الحاجب ٣٦/٢ .

(٣) راجع : الرواه امام الحرمين ٧٢٠/١ .

ويقول السمعاني : " وكما أن المدينة كانت مجمع الصحابة ، ومهبط الوحي ، فقد كانت دار المناققين ، ومجمع أعداء الدين ^(١) .
وفيه من قال : " لاتفقوا على من عند رسول الله حتى ينفصوا " ^(٢) .
ومن قال " لن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل " ^(٣) .
ومنها الماردون على النفاق ، وفيها طعن عمر ، وحوصر عثمان حتى قُتل .
وقد قال أهل المدينة لأهل العراق : من عندنا خرج العلم ، فأجابوهم : نعم ، ولكن لم يعد إليكم ^(٤) .

كما لا نسلم أن الخطأ الاجتهادي خبث ، وإلا لم يؤجر المجتهد المخطئ ^(٥) بل هو مبين له ، لأن الخطأ معفو عنه في الشرع والخبث غير معفو عنه فيكون أحدهما غير الآخر ^(٦) .

ولئن سلمنا بأن الحديث ينفي الخبث عن أهل المدينة فهو مخصوص بزمانه - ^(٧) - فلا وجه للاستدلال به على من بعده من أهلها .

(١) راجع : كشف الأسرار للبخاري ٢٤١/١ .

(٢) من الآية (٧) من سورة المائدة .

(٣) من الآية (٨) من سورة المائدة .

(٤) راجع : كشف الأسرار للبخاري ٢٤١/٣ ، حجة الإجماع للاستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص

٤٣٩ ، نقلاً عن ترتيب المدارك ٣٣/١ ، ٣٥ .

(٥) ثبت للمجتهد المخطئ أجر بالحدوث للفق عليه " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ .

(٦) راجع : نهاية السؤل ٢٩٠/٣ .

كما لا يدل الحديث على أن من كان خارجها لا يكون نقياً من الخبث ، وإنما الخبث في الحديث محمول على من كرهه المقام فيها .

ويؤيد ذلك ماورد في سبب صدور الحديث عن النبي - ﷺ - إذ ورد في سببه أن أعرابياً دخل للمدينة وبيع النبي - ﷺ - فأصابته حمى، فسأل النبي التخلل من البيعة ليخرج إلى البادية ، فلم يجبه النبي - ﷺ - إلى ذلك فخرج بغير إذنه ، فقال عليه السلام : " إن المدينة تنفس خبثها وينصح طبيبها " .

الوجه الثاني :

سلمنا لكم زيادة فضل أهل المدينة على غيرهم ، لكن لا نسلم لكم أنه يلزم من ذلك انعقاد الإجماع منهم دون غيرهم .
بل نقول : موافقة الغير له شرط في وجوب المتابعة ، للأدلة الدالة على حجية الإجماع .

والذي ورد في الحديث إخبار من الرسول - ﷺ - بأن من أرادهم بسوء أهلكتهم الله ، فلا علاقة بين هذا وبين الحجية في إجماعهم .
ويجيب عنه : بأن احتمال الخطأ منهم أبعد من احتمال من غيرهم ، لأن من لزم المدينة وبقي فيها أكثر ممن انتقل عنها خصوصاً في أوائل الصدر الأول ، كما أن عمل الأكثر ونقلهم أقرب إلى انتفاء الخطأ عنه ، لأن رأى الكثرة يغلب على اللظن صحته ، فيكون أولى .
قال في المدارك : إن المدينة كانت مرجعاً للمفتين ، إذ بها أجلاء الصحابة ومجلس الشورى ، وأهل الحل والعقد .

ويشهد لذلك : أن عبد الله بن مسعود كان يسأل عن الأمر بالعراق فيفتى فيه ، فإذا جاء بالمدينة ووجد ما يخالفه في فتواه عاد إلى العراق ولا يلاحظ عن راحلته حتى يرجع إلى من أفتاه فيخبره بما أفتى به أهل المدينة .

وقد كان عبد الله بن عمر يستشار من عبد الله بن الزبير ، وعبد المالك بن مروان المتنازعين على الإمارة ، فكتب إليهما : إن كنتما تريدان المشورة فعليكما بدار الهجرة والمدينة .
وقال مالك لأبي نعيم : إذا أردت العلم فأقم هنا - يعنى بالمدينة -
فإن القرآن لم يزل على القرآن^(١) .

أما المعقول : وهو مقال به ابن الحاجب في مختصره ، والامام القرافي في شرحه - فقد قالوا ما مفاده - أن العادة تقضى بعدم اجماع هذا الجمع الكبير من العلماء المحصورين الاحقين بالاجتهاد إلا عن راجح^(٢) .
نوقش ذلك : بأنه يجوز أن يكون متمسك غيرهم أرجح ، ولم يطلع عليه بعضهم ، وأن الكثرة قد يخفى عليها ما تعلمه القلة .

كما أن مقليل في أهل المدينة من الصحابة والتابعين يتحقق فيمن انتقلوا عنها إلى الأمصار : كالكوفا ، والبصرة ، مع أن مالكا - رضى الله عنه - لم يقل : بأن لجماعهم حجة ، فعرفنا أنه لا أثر للبقاع في ذلك ،

(١) راجع : التقرير والتحجير ١/١٠١ ، شرح الأسنوى ومعه شرح البدعش ٣/٢٩٠ ، حجة الاجماع ص ٤٣٩ ، نقلاً عن ترتيب للملوك ١/٣٣ - ٣٥ .

(٢) راجع : شرح العبد على مختصر ابن الحاجب ٢/٣٦ ، شرح تنقيح الفصول ص ٣٣٤ ، التقرير والتحجير ١/١٠١ .

بل الاعتبار لعلم العلماء واجتهاد المجتهدين ، ولو كانوا في دار الحرب مثلاً^(١) .

ويجاب عنه : بأن المالكية لم يقولوا بحجية إجماع أهل المدينة ، وإنما يقولوا بأرجحيته^(٢) .

ذكر الإمام الرزقي في كتابه : مناقب الإمام الشافعي :

ونقل أن يقول : إن مالكاً يروى الحديث ، ثم إنه يترك العمل به لأجل أن أهل المدينة تركوا العمل به ، وهذا يقتضي تقديم عمل علماء المدينة على قول رسول الله - ﷺ - وأنه لا يجوز .

ولمالك أن يجيب عنه فيقول : هذه الأحاديث ما وصلت إلينا إلا برواية علماء المدينة ، فهؤلاء إما أن يكونوا من العدول ، أو لا يكونوا من العدول .

فإن كانوا من العدول : وجب أن يعتقدوا أنهم إما تركوا العمل بهذا الحديث ، لأطلاعهم على ضعف فيه : إما لأجل ضعف في الرواية ، أو لأجل أنه وجد ناسخ ، أو مخصص وعلى جميع التقديرات ترك العمل به واجب .

فإن قالوا : قلطهم اعتقدوا في هذا الحديث تأويلاً خاطئاً ، فلأجل ذلك التأويل الخاطئ تركوا العمل به ، وعلى هذا التقدير لا يلزم من تركهم العمل بالحديث حصول ضعف فيه .

(١) راجع : شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ٣٦/٢ ، التقرير والتحصيل ١٠١/١ .

(٢) راجع : حجة الإجماع ص ٤٣٩ .

قلت : إن علماء المدينة الذين كانوا قبل مالك كانوا أقرب للناس إلى زمان رسول الله - ﷺ - واشتد بهم مخالطة بالصحابية ، وأقوامهم رغبة في الدين ، ولبعدهم عن الميل إلى الباطل ، فيبعد اتفاق جمهور علماء المدينة على تأويل فاسد .

ولما إن قلنا : إن علماء المدينة ليسوا بمنزلة : كان الطعن فيهم يوجب الطعن في الخبر .

فثبت بهذا الطريق : أن اللؤلؤ الذي ذكرناه يقتضى ترجيح عمل علماء المدينة على ظاهر خبر الوليد .

وليس هذا قولاً بأن إجماعهم حجة ، بل هذا قول بأن عملهم إذا كان على خلاف ظاهر الحديث لورث ذلك كذباً وضعفاً في الحديث .

وما يؤكد ما ذكرناه ماروى عن يونس بن عبد الأعلى ، قال ناظرت للشافعي في شيء ، فقال : والله ما أقول لك إلا نصحاً : إذا وجدت أهل المدينة على شيء فلا تدخلن قلبك شكاً أنه للحق ، وكل ما جاءك وقوى كل القوة لكنك لم تر له بالمدينة أصلاً فلا تبعأ به ، ولا تلتفت إليه^(١) .

قلت : وما يرجح القول بحجية عمل أهل المدينة :

- أن الإمام مالك - رحمه الله - لم يأت بشيء من عنده ، ولم يخرج في اجتهداه واستبابطه عن مذاهب أهل المدينة ، الذي انصب فقه الصحابة في حجورهم وأفرغ في عقولهم .

فالسنة كانت محصورة في أصحاب رسول الله قطعاً ، وعنهم نقلت إلى التابعين ، وعن التابعين أخذ مالك - رحمه الله - .

(١) راجع : مناقب الإمام الشافعي للرازي ص ٥٥ .

ويشهد لذلك : لما طلب الرشيد أن يقرأ مالك عليه موطأه .

قال : يا أمير المؤمنين سمعت ابن شهاب يقول : جمعنا هذا العلم من رجال فى الروضة وهم : سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة وعروة ، والقاسم ، والسالم ، وخارجة ، وسليمان ، ونافع^(١) .

ثم نقل عنهم : ابن هرمز ، وأبو الزناد ، وربيعه ، والأنصارى وبحر العلم ابن شهاب ، وكان هؤلاء يقرأ عليهم ولا يقرؤون .

فقال المهدى لأبنائه : اذهبوا ففى هؤلاء قدوة

- ماورد عن سيدنا عمر - رضى الله عنه - أنه قال : اللهم كبرت سننى وضعفت قوتى ، وانتشرت رعيتى ، فاقبضى إىلك غير مضيع ولا مفرط ، ثم قدم للمدينة ، فخطب الناس ، فقال : أيها الناس ، قد سنت لكم السنن ، وفرضت لكم الفرائض ، وترككنكم على الواضحة إلا أن تضلوا بالناس شمالاً ويمناً وضرب بإحدى يديه على الأخرى - ثم قال : إياكم أن تهلكوا عن آية الرجم ، يقول قائل : لانجد حدين فى كتاب الله ، فقد رجم رسول الله - ﷺ - ورجمنا ، والذى نفسى بيده لولا أن يقول الناس زاد عمر بن الخطاب فى كتاب الله - تعالى - لكتبتها : الشيخ والشيخة الخ .

فهذا القول ، وهذا البيان من أمير المؤمنين عمر - رضى الله عنه - من أقوى الحجج لصحة عمل أهل المدينة ، لأن سن السنن وفرض الفرائض لم يتم ولم يكتمل لأحد كما تم واكتمل لأهل المدينة .

(١) عمل أهل المدينة : عطية محمد سالم ص ٤٨ ، ٤٩ .

ثم هذه قضية هامة ، هد من حدود الله لم يجد الناس له نصاً في كتاب الله ، فيعلن عمر - رضى الله عنه - ثبوته ، ويعزو هذا الثبوت إلى سنة عملية ، فيقول رجم رسول الله - ﷺ - ورجمنا ، فأصبح عمل أهل المدينة ثابتاً بثبوت النص ، يقوم مقام نص الكتاب ، بعد أن نسخ لفظاً وبقي حكماً ، ولا دليل عليه إلا هذا الفعل الواقع بالمدينة ، والذي أوقعه أهل المدينة ^(١) .

ماقاله الإمام ابن تيمية - رحمه الله - إن ماينقله مالك - عن عمل أهل المدينة : أنه كان قبل أن تظهر للفرق أو الطوائف المخالفة ، فكان محض سنة متبعة ، أو اجتهاد الصحابة أو أى طائفة حدثت فى الإسلام ^(٢) . هذا، وقد بين - رضى الله عنه - أنه لم يكن فى هذا مبتدعاً بل كان متبعاً .

فقد نقل عن ابن أبى الزناد قوله : كان عمر ابن عبد العزيز يجمع الفقهاء ، ويسألهم عن السنن والأقضية التى يعمل بها فيثبتها ، وماكان منه لايعمل به الناس ألغاه ، وإن كان مخرجه من ثقة .

- ماورد عن شيخه ربيعة بن أبى عبد الرحمن أنه قال : ألف عن ألف أحب إلى من واحد عن واحد ، لأن واحداً ينتزع السنة من أيديكم ، وقد كان رجال من أهل العلم والتابعين يحدثون بالأحاديث فأقول : مانجهل هذا الحديث ، ولكن مضى العمل على غيره .

- قال مالك : رأيت محمد بن أبى بكر بن عمرو بن حزم ، وكان قاضياً ، وكان أخوه عبد الله كثير الحديث رجل صدق .

^(١) عمل أهل المدينة ص ٤٩ .

^(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٣٣٠ - ٣٤٠ .

فسمعت عبد الله إذا قضى محمد بالقضية ، وجاء فيها القضاء
مخالفاً للحديث يعاقبه ويقول له : ألم يأت في هذا حديث كذا ؟
فيقول : بلى .
فيقول أخوه : فما لك لا تقضى به ؟
فيقول : فأين الناس عنه - يعنى : ما أجمع عليه العلماء بالمدينة .
يريد : أن العمل بها - أى المدينة - أقوى من الحديث^(١) .

(١) راجع : مناقب الإمام الرازى ص ٥٥ ، ملامح من حياة الفقيه المحدث مالك بن أنس إمام دار الهجرة ص ٦٤

المبحث الثالث

تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف
فى حجية عمل أهل المدينة فى اختلاف الفقهاء

وفيه سبعة مطالب :

- | | |
|-----------------|---|
| المطلب الأول : | إقامة الصلاة . |
| المطلب الثانى : | فائنة السفر . |
| المطلب الثالث : | سجدات التلاوة . |
| المطلب الرابع : | للزكاة فى الفواكه والخضروات . |
| المطلب الخامس : | خرص التمر والعنب . |
| المطلب السادس : | المرأة إذا فارقتها زوجها الثانى وعادت إلى الأول . |
| المطلب السابع : | توريث نوى الأرحام . |

المطلب الأول

إقامة الصلاة

ذهب الإمام مالك - رحمه الله - إلى إفراد ألفاظ الإقامة ، محتجاً بإجماع أهل المدينة ، حيث جاء فى الموطأ : " وسئل مالك عن تنبيه الأذان والإقامة ، ومتى يجب القيام على الناس حين تقام الصلاة ؟

فقال : لم يبلغنى فى النداء والإقامة إلا ما أدركت الناس عليه .
فأما الإقامة فإنها لا تنبئ ، وذلك الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا .
وأما قيام الناس حين تقام الصلاة ، فإننى لم أسمع فى ذلك بحد يقام له ، إلا أنى أرى ذلك على قدر طاقة الناس ، فإن منهم الثقيل والخفيف ، ولا يستطيعون أن يكونوا كرجل واحد ^(١) .

قلت : ومحل البحث المسألة الأولى فى السؤال ، وكان الجواب عليها بما أدرك الناس عليه ، وبما لم يزل عليه أهل العلم بالمدينة .
قال ابن عبد البر : قوله " هذا " تصريح بأنه لم يبلغه فيه حديث من أخبار الآحاد ، وأن الأذان والإقامة عنده مأخوذان من العمل بالمدينة ، وهو أمر يصح فيه الاحتجاج بالعمل ^(٢) .

وقد روى أن أبا يوسف قال لمالك : تؤذنون بالترجيع وليس عندكم عن النبى - ﷺ - فيه حديث ، فالتفت إليه مالك ، وقال ياسبحان الله ؟

(١) راجع : الموطأ : ١٣٥/١ ، الاستذكار ٥٦/٤ .

(٢) راجع : الاستذكار ٥٦/٤ .

مارأيت أمراً أعجب من هذا ، ينادى على رؤوس الأشهاد فى كل يوم خمس مرات ، يتوارثه الأبناء عن الآباء ، من لدن رسول الله - ﷺ - إلى زماننا هذا ، يحتاج فيه إلى قِلان عن قِلان ؟ هذا أصح عندنا من الحديث (١) .

وإلى ذلك ذهب كل من الشافعية والحنابلة ، وحجتهم فى ذلك حديث ابن عمر ، أنه قال : إنما كان الأذان على عهد رسول الله - ﷺ - مرتين مرتين ، والإقامة مرة مرة ، إلا أنه يقول : " قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة " (٢) .

وذهب الحنفية إلى تثنية ألفاظ الإقامة كالآذان ، إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين .

قال الطحاوى : تواترت الآثار عن بلال أنه كان يثنى الإقامة حتى مات .

وعن إبراهيم النخعي : كانت الإقامة مثل الآذان ، حتى كان هؤلاء الملوك ، فجعلوها واحدة واحدة ؛ للسرعة إذا خرجوا - للصلاة - يعنى بنى أمية (٣) .

(١) عمل أهل المدينة ، عطية عماد سالم ص ٥٨ .

(٢) راجع : للفتى لابن قدامة ٨٣/٧ ، ٨٤ ، أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية ص ٤٦٥ .

(٣) راجع : فتح القدير ٢٤٣/١ .

المطلب الثانى

قضاء فائتة السفر

من أدرك الوقت وهو فى سفر ، فأخر الصلاة ساهياً^(١) أو ناسياً^(٢). حتى قدم على أهله ، وقد ذهب الوقت ، فهل يصلى الفائتة صلاة سفر أم حضر ؟

ذهب الشافعية والحنابلة : إلى أن الفائتة فى السفر إذا صلاها فى الحضر صلاها صلاة حضر .

وحجتهم فى ذلك : أن القصر رخصة من رخص السفر فيبطل بزواله : كالمسح ثلاثاً^(٣) .

وذهب الإمام مالك إلى أن من فاتته صلاة فى السفر قضاها فى الحضر كما وجب عليه .

قال فى الموطأ : من أدركه الوقت وهو فى السفر : فأخر الصلاة ساهياً أو ناسياً حتى قدم على أهله ، أنه إن كان قدم على أهله وهو فى الوقت ، فليصل صلاة المقيم .

وإن كان قد قام وقد ذهب الوقت فليصل صلاة المسافر ، لأنه يقضى مثل الذى كان عليه .

(١) السهو : النحول عن الشيء ، تقدمه ذكر لو لم تقدمه .

(٢) النسيان : هو النحول عن الشيء بشرط أن يتقدمه الذكر .

(٣) رابع : المغنى لابن قدامة ١٢٧/٢ .

ثم قال مالك : وهذا الأمر هو الذى أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا^(١) .

وإلى مثل هذا ذهب الحنفية ، فقد جاء فى الهداية : ومن فاتته صلاة فى السفر قضاها فى الحضر ركعتين ، ومن فاتته فى الحضر قضاها فى السفر أربعاً ، لأن القضاء بحسب الأداء^(٢) .

ووجه تفريع هذا الفرع على مبحث حجية عمل أهل المدينة :

أن من تمسك بحجية عمل أهل للمدينة قال : قضاء الصلاة الفائتة فى السفر يكون بمثل ماوجب عليه فى السفر ، فأخذ بعمل أهل المدينة وترك القياس .

ومن لم يأخذ بعمل أهل المدينة ، وقدم القياس عليه قال : بأن الفائتة فى السفر تصلى صلاة حضر .

^(١) راجع : الموطأ ٢٣/١ .

^(٢) راجع : المغنبة ٤٥/١ .

المطلب الثالث

سجود القرآن

قال الإمام مالك في الموطأ : الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن
لحدى عشرة سجدة ، ليس في المفصل منها شيء^(١) .
قال أصحابه : أولها : خاتمة الأعراف^(٢) .
وثانيها : في الرد ، عند قوله تعالى : " بالغدو والآصال " ^(٣) .
وثالثها : في النحل ، عند قوله تعالى : " ويفعلون ما يؤمرون " ^(٤) .
ورابعها : في بني إسرائيل ، عند قوله تعالى : " ويزيدهم خشوعاً " ^(٥) .
 وخامسها : في مريم ، عند قوله تعالى : " خروا سجداً وبكياً " ^(٦) .
وسادسها : الأولى من الحج ، عند قوله تعالى : " إن الله يفعل ما يشاء " ^(٧) .
وسابعها : في الفرقان ، عند قوله تعالى : " وزادهم نفوراً " ^(٨) .
وثامنها : في النمل ، عند قوله تعالى : " رب العرش العظيم " ^(٩) .
وتاسعها : في ألم تنزيل ، عند قوله تعالى : " وهم لا يستكبرون " ^(١٠) .

(١) راجع : الموطأ بشرح المنقلى للهاشمي ٣٥١/١ .

(٢) الآية (٢٠٦) من سورة الأعراف .

(٣) الآية (١٥) من سورة الرد .

(٤) الآية (٤٩) من سورة النحل .

(٥) الآية (١٠٧) من سورة الاسراء .

(٦) الآية (٥٨) من سورة مريم .

(٧) الآية (١٨) من سورة الحج .

(٨) الآية (٦٠) من سورة الفرقان .

(٩) الآية (٢٥) من سورة النحل .

(١٠) الآية (١٥) من سورة السجدة .

وعاشرها : فى ص ، عند قوله تعالى : " وخر راكعا واناب " ^(١) .
والحادية عشرة : فى " حم تنزيل " ، عند قوله تعالى : " إن كنتم إياه
تعبدون " ^(٢) وقيل : عند قوله : " وهم لايسأمون " .
وقال الشافعى : أربع عشرة سجدة .
ثلاث منها فى المفصل : فى الانشقاق ^(٣) ، وفى النجم ^(٤) ، وفى " اقرأ باسم
ربك " ^(٥) .

ولم يرى فى " ص " سجدة ، لأنها عنده من باب الشكر .
وقال أحمد : هى خمس عشرة سجدة ، حيث قال : بسجدة الحج الثانية ^(٦) .
وقال أبو حنيفة : هى اثنتا عشرة سجدة .
قال الطحاوى : وهى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر ^(٧) .

والسبب فى اختلافهم : اختلافهم فى المذاهب التى اعتمدها فى تصحيح
عددها .

وذلك أن منهم من اعتمد على أهل المدينة ، ومنهم من اعتمد
القياس ، ومنهم من اعتمد السماع .
وأما الذين اعتمدوا القياس : فأبو حنيفة وأصحابه .

^(١) الآية (٢٤) من سورة ص .

^(٢) الآية (٣٧) من سورة فصلت .

^(٣) الآية (٦١) من سورة الانشقاق .

^(٤) الآية (٦٢) من سورة والنجم .

^(٥) الآية (١٩) من سورة العلق .

^(٦) الآية (٧٧) من سورة الحج .

^(٧) راجع : بداية المجتهد لاين رشد ٢٢٢/١ ، ٢٢٣ .

قالوا : وجدنا السجدة التي أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر : وهي سجدة الأعراف ، والنحل ، والرعد ، والإسراء ، ومريم وأول الحج ، والفرقان ، والنمل ، والسجدة ، فوجب أن يلحق بها سائر السجدة التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في : ص ، وفي الإنشقاق ، ويسقط ثلاثة : جاءت بلفظ الأمر ، وهي التي في : النجم ، والثانية من الحج ، وفي "اقرأ باسم ربك".

وأما الذين اعتمدوا السماع : فإنهم صاروا إلى ما ثبت عنه عليه السلام من سجوده في الإنشقاق ، وفي "اقرأ باسم ربك" وفي "النجم" ^(١).

بما روى عن أبي رافع : قال : صليت خلف أبي هريرة - رضي الله عنه - صلاة العشاء (يعني العتمة) فقرأ : "إذا السماء انشقت" ، فسجد فيها ، فلما فرغ ، قلت : يا أبا هريرة ما كنا نسجدها ، قال : سجدها أبو القاسم - عليه السلام - .

وهذا الخبر يدل على أن النبي - عليه السلام - سجدها في المدينة ، فإن أبا هريرة - رضي الله عنه - إنما أسلم وهو بالمدينة ^(٢).

وصح عنه - عليه السلام - إنه سجد في النجم ^(٣).

(١) للرجع السابق .

(٢) الأدلة المختطف فيها ص ٣٧٥ ، إعلام للترغين ٤٠٧/٢ .

(٣) راجع : إعلام للترغين ٤٠٧/٢ .

ولما الذين اعتمدوا العمل - أى عمل أهل المدينة - فمالك وأصحابه^(١) .

والذى تعلق به مالك فى ذلك : ماروى عن ابن عباس - رضى الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - لم يثبت فى شئ من المفصل منذ تحول إلى المدينة^(٢) .

وفى هذا يقول الدرديرى : سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ، لا فى ثانية " الحج " ، ولا فى " النجم " ، تقديمًا للعمل على الحديث لدلالته^(٣) .

وإنما قدم العمل عن الحديث لدلالة العمل على نسخ الحديث المذكور ، إذ لو كان باقياً من غير نسخ ما عدل أهل المدينة عن العمل به^(٤) .

(١) بداية المجتهد ٢٢٢/١ ، ٢٢٣ .

(٢) راجع : إعلام الموقعين ٤٠٧/٢ .

(٣) راجع : الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى منذهب الإمام مالك : أبى الوركات أحمد الدرديرى ٤١٧/١ ،

٤١٨ .

(٤) راجع : الأدلة المخطف فيها ص ٣٧٥ .

المطلب الرابع

الزكاة في الفواكه والخضروات

قال أبو حنيفة : الزكاة واجبة في الفواكه كلها : الرمان ، والزيتون والفرسك^(١) ، وكل ثمرة ، وكذلك كل ما يخرج الأرض وتثبت من البقول والخضر كلها والثمار إلا القصب والحطب والحشيش .

وحجته : قول الله عز وجل : " وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخيل والزروع مختلفاً أكله والزيتون والرمان مثسابهاً وغير مثسابه كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده " ^(٢) .
قال : وحقه الزكاة^(٣) .

ومن حجته أيضاً : عموم قوله ^(٤) " فيما سقت السماء والعيون العشر وفيما سقى بالسانية نصف العشر " ^(٥) .

بينما يذهب الإمام مالك - رحمه الله - إلى أنه لا زكاة في شئ من الفواكه والبقول .

ويحتج على ذلك بما عليه أهل المدينة ، فيقول في الموطأ : والسنة التى لا اختلاف فيها عندنا ، والذي سمعت من أهل العلم : أنه ليس فى شئ

(١) الفرسك : الخوخ ، أو ضرب منه أحمر ، أو ما ينفلق عن نواه ، شرح للوطأ للزرقاني ٣٧٠/٢ .

(٢) الآية (١٤١) من سورة الأنعام .

(٣) راجع : الاستذكار الجامع لمذهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار ٢٧٤/٩ ، فتح القدير ٢٤٣/٢ .

(٤) راجع : سنن الترمذى ٢٢٣/٣ ، سنن ابن ماجه ٣٠٤/١ .

من الفواكه كلها صدقة : الزمان ، والفرسك ، والتين وما أشبه ذلك وما لم يشبهه إذا كان من الفواكه .

قال : ولا في القصب ولا في البقول كلها صدقة ، ولا في أثمانها إذا بيعت صدقة ، حتى يحول على أثمانها الحول من يوم بيعها ويقبض صاحبها ثمنها^(١) .

قال ابن عبد البر : لا أعظم خلافاً بين أهل المدينة أنه ليس في البقول صدقة على ما قال مالك - رحمه الله^(٢) - .
وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي وأحمد .

ونحوه قول أبي يوسف ومحمد : فإنهما قالا : لا شيء فيما تخرجه الأرض إلا ما كانت له ثمرة باقية يبلغ مكيلاً خمسة أوسق^(٣) .

(١) راجع : شرح الموطأ للزرقاني ٣٦٩/٢ ، ٣٧٠ ، الاستذكار ٢٧٠/٩ .

(٢) راجع : الاستذكار ٢٧٠/٩ .

(٣) راجع : فتح القدير ٢٤٣/٢ ، المغني ٥٤٩/٢ ، ٥٥٠ .

المطلب الخامس

خرص التمر والعنب

الخرص : هو تقدير ما على الشجرة من الرطب تمراً ، ومن العنب زبيباً ، تقدير ظني بواسطة رجل عدل خبير ، يفعل ذلك ، لكي تقدر زكاة النخل والعنب قبل أن تؤكل الثمار وتفرق أكلاً وبيعاً ويكون ذلك في أول ما يطيب التمر ويذهي بحمرة أو صفرة ، وكذلك العنب إذا جرى فيه الماء وطاب أكله^(١) .

أجازه مالك - رحمه الله - وحجته في ذلك إجماع أهل المدينة عليه :
قال في الموطأ :

" الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا يخرص من الثمار إلا النخيل والأعناب فإن ذلك يخرص حين يبدو صلاحه ، ويحل بيعه ، وذلك أن ثمر النخيل والأعناب ، يؤكل رطباً وعنباً ، فيخرص على أهله للتوسعة على الناس ، ولئلا يكون على أحد في ذلك ضيق ، فيخرص ذلك عليهم ، ثم يخلي بينهم وبينه يأكلونه كيف شاؤوا ، ثم يؤدون منه الزكاة على ما خرص عليهم^(٢) " .

وإلى مثل ما ذهب مالك : ذهب الشافعي ، وأحمد ، وهو المنقول عن أكثر أهل العلم .

(١) راجع : المغني لابن قدامة ٥٦٩/٢ ، الاستبصار ٢٥١/٩ .

(٢) راجع : شرح الموطأ للزرقاني ٣٦١/٢ ، المغني ٥٦٩/٢ .

قال ابن قدامة : وممن كان يرى الخرص عمر بن الخطاب ،
وسهل بن أبي حنمة ، ومروان ، والقاسم ابن محمد ، والحسن ، وعطاء ،
والزهري ، وعمرو بن دينار ، وعبد الكريم بن أبي المخارف ، ومالك ،
والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأكثر أهل العلم^(١).

واستدلوا على ذلك بما روى سعيد بن المسيب عن عتاب بن اسيد
"أن النبي - ﷺ - كان يبعث على الناس من يحرص عليهم كرومهم
وثمارهم"^(٢).

وقال الثوري ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد : الخرص
باطل ليس بشئ ، وعلى رب المال أن يؤدي عشره زاد أو نقص ، لأنه
رجم بالغيب وظن وتخمين لا يلزم به حكم ، وإنما كان الخرص تخويفاً
للحراثين لئلا يخونوا^(٣).

ويجاب عن قول الحنفية : بأنه بعد مجئ السنة به واعتباره أمراً
تقريباً لم يبق لرده مجال .

(١) راجع : للفتى ٥٦٨/٢ ، الاستذكار ٢٤٦/٢ .

(٢) سنن أبي داود ١١٠/٢ ، سنن النسائي ١٠٩/٥ .

(٣) راجع : للفتى ٥٦٨/٢ ، الاستذكار ٢٤٦/٢ .

المطلب السادس

المرأة إذا فارقها زوجها الثاني وعادت إلى الأول

المرأة إذا طلقت من زوجها طلبة أو طلقتين ، ثم تزوجها رجل آخر ، ثم فارقها هذا الآخر بموت أو طلاق ، وعادت إلى الزوج الأول . هل تعود بثلاث تطليقات ، ويهدم الزواج الثاني مادون الثلاث في الزواج الأول ، كما يهدم الثلاث ، أم تعود بما تبقى من الطلاق ، ولا تستأنف عدد الطلقات ؟

ذهب أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف : إلى أن زواجها بالثاني يهدم مادون الثلاث ، كما يهدم الثلاث .

قال في الهداية : وإذا طلق الحرة طلبة ، أو طلقتين ، وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ، ثم عادت إلى الزوج الأول ، عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني مادون الثلاث ، كما يهدم الثلاث^(١) .

وقال محمد : لا يهدم مادون الثلاث .

وذهب الإمام مالك : إلى أن المرأة إذا طلقت من زوجها طلبة أو طلقتين ثم تزوجها رجل آخر ، ثم فارقها بموت أو طلاق ، ورجعت إلى زوجها الأول ، رجعت بما تبقى من الطلاق .

واستدل على ذلك بإجماع أهل المدينة ، حيث قال في الموطأ : عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال : " أيما امرأة طلقها زوجها

^(١) راجع : الهداية شرح البداية ١٧٨/٣ .

تطليقة أو تطليقتين ، ثم تركها حتى تحل وتتكح زوجاً غيره ، فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول ، فإنها تكون عنده على مابقى من طلاقها " .

قال مالك : وعلى هذا السنة عندنا التي لا اختلاف فيها^(١).

وبه قال الإمام الشافعي وأحمد في أصح الروايتين عنه ، ومحمد وزفر من أصحاب أبي حنيفة^(٢) .

(١) راجع : الروطا ٢١٧/٣ .

(٢) راجع : للفتى لابن تدامة ٢٦١/٧ .

المطلب السابع

توريث ذوى الأرحام

ذو الرحم : فى اصطلاح علماء الميراث : هو كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصة تحرز جميع المال عند الانفراد : مثل ، أولاد البنات وأولاد الأخوات وبنات الإخوة والجد الرحمى (غير الصحيح) والجدة الرحمية (غير الصحيحة) والخال والخالة ، ونحوهم من كل قريب ليس عصة ولا صاحب فرض^(١) .

وقد اختلف الفقهاء فى توريث ذوى الأرحام على رأيين : فذهب أبو حنيفة وأحمد إلى توريثهم ، وهو رأى عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس - رضى الله عنهم - .

واستدلوا : بعموم قوله تعالى : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله^(٢) .

أى أحق بالميراث فى حكم الله تعالى ، فقد قال أهل العلم : كان التوارث فى ابتداء الإسلام بالحلف ، فكان الرجل يقول للرجل : دى دمك ومالى مالك ، تتصرنى وأنصرك ، وترثنى وأرثك ، فينعاقدان الحلف بينهما على ذلك ، فيتوارثان دون القرابة .

وذلك قوله عز وجل : " والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم "^(٣)

(١) راجع : الاستفكار ٤٦٨/١٥ .

(٢) من الآية (٧٥) من سورة الأنفال .

(٣) من الآية (٣٣) من سورة النساء .

ثم نسخ ذلك ، فصار التوارث بالإسلام والهجرة ، فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجر دونه ، وذلك قوله تعالى : " والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا " (١) .

ثم نسخ ذلك بقوله تعالى : " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " (٢) .

وذهب مالك والشافعي : إلى أن نوى الأرحام لا يرثون ، فإذا مات شخص عن غير ذي فرض ولا عصبية ، وله نورحم ، ردت التركة إلى بيت المال (٣) .

واحتجوا على ذلك بإجماع أهل المدينة ، فيقول في الموطأ : " الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه ، والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا : أن ابن الأخ للأُم ، والجد أبا الأم ، والعم أخا الأب للأُم ، والخال ، والجدة أم أبي الأم ، وابنة الأخ للأب والأم ، والعمة ، والخالدة ، لا يرثون بأرحامهم شيئاً " (٤) .

(١) من الآية (٧٢) من سورة الأنفال .

(٢) من الآية (٧٥) من سورة الأنفال .

وراجع : للفتى ٨٢/٧ ، ٨٤ ، للبوط للمسمى ٢/٣٠ - ٢٧ .

(٣) الاستذكار ٤٦٩/١٥ ، ٤٨٠ ، الفرح الصغير ٦٣٠/٤ .

(٤) شرح للموطأ للزرقاني : ١١٨/٣ .

الخاتمة

بعد حمد الله الذى تتم بنعمته الصالحات ، وشكر القدير العاصم من الزلات.

فهذا هو بحثى ، الذى بذلت فيه قصارى جهدى .

وقد استبان منه :

أن الإمام مالك لم يقل بإجماع أهل المدينة ، وإنما قال بعمل أهل المدينة.

أن المراد " بعمل أهل المدينة " فيما نقل عن الإمام مالك ، وماصرح به فى رسالته وفتاويه : أن عمل أهل المدينة وروايتهم أرجح من عمل غيرهم وروايتهم .

أن عمل أهل المدينة له أثر كبير فى الفروع الفقهية على ضوء ما ورد من أقوال العلماء فى عمل أهل المدينة .

والله أسأل أن يوفق الجميع إلى ما فيه رضاه عنهم ، حتى يسعدوا فى دنياهم ، ويفوزوا فى آخرهم ، وأن يتعمد علماء هذه الأمة ومجتهديها بعظيم رحماته ، ويسكنهم فسيح جناته ، فقد تركوا لنا تراثاً عزيزاً غالياً ، كان بمثابة مشاعل الهدى على الطريق .

كما أسأله أن يوفقنا إلى خدمة شريعته ، ويلهمنا الصواب فإنه نعم الموفق والمعين .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

أهم مراجع البحث

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - أثر اختلاف الأصوليين في اختلاف الفقهاء، د/مصطفى سعيد الخن.
- ٣ - إرشاد الفحول ، محمد بن علي الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ، مطبعة محمد علي صبيح .
- ٤ - أصول السرخسي ، شمس الأئمة : محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، مطبعة دار المعرفة - بيروت ، لبنان .
- ٥ - أصول الفقه ، محمد أبو النور زهير ، طبع دار الطباعة المحمدية .
- ٦ - إعلام الموقعين ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي ، الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ، طبع مطابع الإسلام بالقاهرة ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .
- ٧ - الإحكام في أصول الأحكام ، سيف الدين علي بن محمد الأمدي المتوفى سنة ٦٣١هـ ، طبعة /مطبعة محمد علي صبيح بمصر .
- ٨ - الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه " الموطأ " من معاني الرأي والآثار ، أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، المتوفى سنة ٣٦٨هـ ، دار الوعى ، حلب - القاهرة .
- ٩ - البحر المحيط ، محمد بن بهادر بن عبد الله ، التركي ، المصري ، الزركشي ، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، طبع دار الصفوة للطباعة والنشر

بالفردقة تحرير ومراجعة د/ عبد الستار أبو غدة ، والشيخ عبد
القادر عبد الله الغاني .

١٠- البرهان في أصول الفقه ، إمام الحرمين : عبد الملك بن عبد الله
الجويني المتوفى سنة ٤٧٨هـ ، ط / دار الأنصار بالقاهرة تحقيق
د/ عبد العظيم الديب .

١١- التقرير والتحبير ، محمد بن محمد بن حمد بن حسن الحلبي ،
المتوفى سنة ٨٧٩هـ ، ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .

١٢- العدة في أصول الفقه ، أبو يعلى : محمد بن الحسين الفراء القاضي
الحنبلي ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، تحقيق د / أحمد بن المبارك ، ط/
الرياض بالسعودية .

١٣- المبسوط : شمس الأئمة ، محمد بن أحمد السرخسي ، ط / دار
المعرفة - بيروت .

١٤- المحصول في علم الأصول ، الفخر الرازي ، محمد بن عمر
الرازي ، المتوفى سنة ٦٠٦هـ ، ط / دار الكتب العلمية .

١٥- المستصفي من علم الأصول للغزالي ، أبو حامد : محمد بن حمد
الغزالي ، المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، طبع مع فواتح الرحموت ، ومسلم
الثبوت ، ط / المطبعة الأميرية .

١٦- الموطأ للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المتوفى سنة ١٧٩هـ ، طبع
مع التعليق المغني ، ط / مكتبة المتنبى .

١٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد ، محمد بن أحمد بن رشد،
المتوفى سنة ٥٩٥هـ ، مطبعة مصطفى الحلبي .

١٨- بذل النظر فى الأصول ، الإمام محمد بن عبد الحميد الأسمندى المتوفى سنة ٥٥٢ هـ ، ط / مكتبة دار التراث بالقاهرة ، تحقيق وتعليق د/ محمد زكى عبد البر .

١٩- تيسير التحرير ، محمد أمين ، المعروف بأمير شاه الحسينى الحنفى ، ط / مطبعة مصطفى البابى الحلبي .

٢٠- حاشيتا قلاويى وعميرة على شرح الجلال المحلى ، ط / عيسى الحلبي .

٢١- سنن أبى داود ... الحافظ ، سليمان بن الأشعث السجستاني ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

٢٢- سنن الترمذى / أبو عيسى ، محمد بن عيسى بن سورة ، الترمذى ، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ .

٢٣- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ... الجلال شمس الدين ، محمد بن أحمد المحلى المتوفى سنة ٨٦٤ هـ ، طبع مع حاشية البنانى، وتقريرات للشرط ، المطبعة الأزهرية المصرية .

٢٤- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب عضد الدين ، عبد الرحمن ابن أحمد الإيجى المتوفى سنة ٧٥٦ هـ طبع مع مختصر ابن الحاجب وحاشية السعد ، ط / مكتبة للكلليات الأزهرية .

٢٥- شرح الكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير) أو المختبر المبكر شرح المختصر ... محمد بن أحمد الفتوحى المعروف بابن النجار ، المتوفى سنة ٩٧٢ هـ ، ط / دار الفكر بدمشق على نفقة جامعة الملك عبد العزيز .

٢٦- شرح اللمع فى أصول الفقه ... أبو إسحاق : إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، تحقيق د/ عبد المجيد تركى طبعة دار الغرب الإسلامى .

٢٧- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول ... شهاب الدين أبو العباسى ... أحمد بن إدريس القرافى ، المتوفى سنة ٦٨٤هـ ط / شركة الطباعة الفنية للمتحدة ، نشر دار الفكر ، ومكتبة الكليات الأزهرية .

٢٨- شرح فتح القدير ... كمال الدين : محمد بن عبد الواحد بن الهمام ، المتوفى سنة ٨٦١هـ ، طبع مع شرح العناية ، ط / مصطفى الحلبي .

٢٩- صحيح مسلم بشرح النووي ... أبو الحسين : مسلم بن الحجاج النيسابورى ، المتوفى سنة ٢٦١هـ ، ط / مع شرح النووي ، ط / دار الريان .

٣٠- عمل أهل المدينة ... عطية محمد سالم ، مكتبة دار التراث ، المدينة المنورة .

٣١- فتح البارى شرح صحيح البخارى ... الحافظ : أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، طبع على صحيح البخارى ، ط / دار الريان .

٣٢- كشف الأسرار على أصول للبزدوى ... علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ، المتوفى سنة ٧٣٠هـ ، دار للكتاب العربى ، بيروت ، ضبط وتعليق المعتصم البغدادى .

٣٣- مجموع فتاوى ابن تيمية . شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، ط / مؤسسة قرطبة .

٣٤- ملامح من حياة الفقيه المحدث مالك بن أنس إمام دار الهجرة ،
للاستاذ الدكتور / أحمد على طه ريان .

٣٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل . محمد بن عبد الرحمن ،
المعروف بالخطاب ، دار الفكر للطباعة والنشر .

٣٦- نهاية المول شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للإسنوي : عبد
الرحيم بن الحسن الإسنوي المتوفى ، سنة ٧٧٢هـ ، مع شرح
البدخشى طبع صحيح ، ومع سلم الوصول ، ط / دار الكتب العلمية
ببيروت عن المطبعة السفلية .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٨٧	المقدمة
١٩٢	المبحث الأول: تحقيق مذهب المالكية في عمل أهل المدينة.....
١٩٣	المطلب الأول: مانقل عن الإمام مالك في عمل أهل المدينة
١٩٨	المطلب الثاني: تحرير مذهب الإمام مالك
	- تفسير مراد الإمام مالك فيما نقل عنه في حجية عمل أهل
١٩٨	المدينة
	- تفسير مراد الإمام مالك بمصطلحاته الواردة في فتاويه ،ورسالة
٢٠١	إلى الليث بن سعد
٢١٥	المبحث الثاني : حجية عمل أهل المدينة
٢١٦	المطلب الأول : تحرير النزاع ، وأقوال العلماء
٢٢١	المطلب الثاني : الأدلة
٢٢١	أولاً : أدلة الجمهور
٢٢٥	ثانياً : أدلة الإمام مالك ومن تبعه
	المبحث الثالث : تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف في حجية عمل
٢٣٨	أهل المدينة في اختلاف الفقهاء
٢٣٩	المطلب الأول : إقامة الصلاة
٢٤١	المطلب الثاني : فائتة السفر

الصفحة	الموضوع
٢٤٣	المطلب الثالث : سجدات القرآن
٢٤٧	المطلب الرابع : الزكاة فى الفواكه والخضروات
٢٤٩	المطلب الخامس : خرص التمر والعنب
٢٥١	المطلب السادس: المرأة إذا فارقتها زوجها الثانى وعادت إلى الأول
٢٥٣	المطلب السابع : توريث ذوى الأرحام
٢٥٥	الخاتمة
٢٥٦	مراجع البحث
٢٦١	فهرس الموضوعات

بحث فى
توظيف الزكاة فى مشروعات إنتاجية

إعداد
دكتور / حسين على منازع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

توظيف الزكاة في مشروعات إنتاجية

تمهيد :

توظيف الزكاة في مشروعات إنتاجية أو استثمارية مسألة تفرض وجودها على المجتمع الإسلامي منذ مئات السنين ، وإن سلفنا الصالح كان يتصدى لها بالقدر الذى يفى بمتطلبات زمانهم ، ولم يقصروا فى ذلك بفكر ولا أرى ولا فتوى ، وإنما كان جل همهم أن يبذلوا قصارى جهدهم للوصول إلى حكم أو فتوى^(١) تتفق مع حاضريهم هم وليس لمن يأتى بعدهم ، تلك سنة الله فى خلقه .

أما كون هذه المسألة تفرض وجودها مرة أخرى على حاضري مجتمعنا الإسلامى اليوم فذلك شأن آخر يختلف عن شأن العهود الأولى ووجه الاختلاف أن مثل هذه المسألة كانت تجد حلا بل حولا فى ميادين أخرى خلاف فريضة الزكاة ، فموارد بيت المال من الخراج والجزية والغنيمة والفقى كانت تقى بالغرض المطلوب ، هذا بالإضافة إلى أن المسلمين فى العهود الأولى كانت تتخلق فيهم صفة الإيثار والبذل والعطاء والسبق إلى فعل الخيرات وبذل الغالى والنفس فى سبيل اصلاح المجتمع المسلم ، فقهاؤنا لم يعاصروا مشاكلنا التى نعيشها اليوم ، ولو عاصروها لتلمسوا النصوص التى فيها مخرج لهم . وهذا يفسر لنا لماذا لم يتعرض فقهاؤنا رضوان الله عليهم إلى مسألة توظيف الزكاة فى مشروعات إنتاجية

(١) قصد للفتى والمجتهد هو موازنة الحكم للدليل الشرعى .

إلا بما يتفق مع ظروفهم وأحوالهم حيث كان البديل يتأتى من الموارد التى سقناها من قبل كالأخراج والجزية وما إلى ذلك من صدقات تطوعية ، لذلك لم تنشأ عندهم ضرورة لمثل هذه المشكلة .

أما شأن عهدنا وعصرنا فمختلف ، فمّا الجزية بائت مورداً من موارد بيت مال المسلمين ولا الأخراج والفقى والغنمية تقى بالمطلوب بعد ما اتسع نطاق الدولة الإسلامية وكثرت رعاياها وتناقصت عليها الأمم وانقسمت وتفرقت أمماً وشعباً وقل دخل الزكاة عن أن يؤدى دوره الذى أراده الله ، ونضب فيه الإقدام على الخير وزاد التفريط فى إخراج الزكاة وعدم القيام بهذه الفريضة التى لو أدت بتمامها لتغير وجه المجتمع الإسلامى^(١) ، كما كانت أن تتقدم روح الإيثار وبذل المال عند المسلمين ، كل ذلك مما يؤدى بنا إلى القول بأن وجه المسألة قد تغير ، وأن وجه المصلحة وتمام النفع ينبغى أن يرى بوضوح ، لا أقول كى لا يخلل توازن المجتمع الاجتماعى والاقتصادى وإنما أقول كى يعود التوازن اجتماعياً واقتصادياً لمجتمعنا المسلم الذى خاطبه المولى عز وجل فقال " وكذلك جعلناكم أمة وسطاً "^(٢) وقال " كنتم خير أمة أخرجت للناس "^(٣) وقال " وما وناؤا على

(١) الشيخ / وبة الرحلى - من مناقشات مجمع الفقه الإسلامى حول توظيف الزكاة فى مشروعات إنتاجية ذات ربح بلا ملك فردى للمستحق " مجلة مجمع الفقه الإسلامى - الدورة الثالثة لؤمر مجمع الفقه الإسلامى - العدد الثالث - ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م ، ج ٣ / ٤٠٦ .

(٢) سورة البقرة آية ١٤٣ .

(٣) سورة آل عمران آية ١١٠ .

البر والتقوى" (١) وقال " وكلوا وأشربوا ولا تسرفوا " (٢) .

لهذا كان لازماً علينا أن نشارك بالرأى فى تحقيق هذه المسألة كى يتبين وجه الحق ويتحقق المراد .

هذا ولا أزعم أنى أول من حاول التعرض لبحث هذه المسألة ، فقد بحث من قبل فى مجمع الفقه الاسلامى فى دورته الثالثة المنعقدة بعمان ١٣-٨ من صفر / ١٤٠٧ هـ ١٣ أكتوبر ١٩٨٦ م ، وكان عنوان المسألة "توظيف الزكاة فى مشروعات ذات ريع بلا تملك فردى للمستحق " وتعددت الآراء وتباينت فيما بينها ، ويمكننا رد ما قيل من آراء إلى أربعة اتجاهات وذلك كالآتى :

- ١ - الجواز مع إبداء التحفظات .
- ٢ - الجواز بالنسبة للفائض من أموال الزكاة عن حاجة المستحقين .
- ٣ - الجواز بشرط أن يكون من سهم " سبيل الله " .
- ٤ - المنع بناء على الأصل لأن مصارف الزكاة جاءت على سبيل الحصر .

ويرجع سبب الخلاف فى للرأى إلى اختلافهم فى :

- ١ - وجوب الصرف إلى الجهات الثمانية المنصوص عليها فى الآية الكريمة "إنما الصدقات للفقراء ... الخ " هل على سبيل التملك أو على سبيل بيان المصرف والمحل .
- ٢ - تأخير الزكاة (الصرف لجهات الاستحقاق) .

(١) سورة المائدة آية ٢ .

(٢) سورة الأعراف آية ٣١ .

وحتى يمكننا إيداء الرأي للصحيح والمناسب - في هذه المسألة - طبقاً للواقع الحالي للبلاد الإسلامية يلزم أن نمهد بيان ماهو آت :

١ - ضرورة بحث هذه المسألة وحثيبتها .

٢ - مقصدنا من هذه الدراسة .

أولاً : ضرورة البحث وأهميته :

لاشك في أن الحكمة من فريضة الزكاة وجعلها ركناً من أركان دين الإسلام إنما هي - فضلاً عن كونها عبادة دينية والهدف النهائي لها ثواب الله في الآخرة - علاج لإختلال التوازن الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع ، وكذلك معالجة لأمراض لو تفشت في المجتمع لأهلكته .

وما من شك - أيضاً - في أن اختلال التوازن الاجتماعي والاقتصادي داخل مجتمع ما إنما يظهر في وجود غنى فاحش وفقير مدقع ، وعندئذ تنف الأمة عاجزة عن أداء رسالتها ، ذلك أن الفقر لايقف عن حد قلة الأموال أو الثروات ، وإنما يتعدى أثر قلة الأموال والثروات إلى ظهور المرض والمجاعات ، وزيادة الجهل والتخلف الفكري .

لذلك كان أول مصرف من مصارف الزكاة هو الفقر ، فيقول الرسول ﷺ لمعاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن - ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة ، فإن هم أطاعوك لذلك

فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم^(١).

وإذا كانت الزكاة علاجاً للخلّة (بالفتح) والخلل كما هو مقصود الحديث أعلاه (تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم ، فإن العلاج هو الإغناء ، كما دلت على ذلك الآثار المروية عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد روى عنه أبو عبيد رضى الله عنه في كتابه الأموال قوله " إذا أعطيتُم فأغنوا "^(٢) وروى عنه أيضاً أنه قال لأحد السعاة ' كرروا عليهم الصدقة " وإن راح على أحدهم مائة من الإبل "^(٣) وقال أيضاً " لأكررن عليهم الصدقة ولو راح على أحدهم مائة من الإبل "^(٤).

فهذه الآثار المروية عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه تدل على أن مذهبه الإعطاء حتى الإغناء حيث لاسبيل لعلاج الفقر والعوز إلا بالإغناء ، والكيفية التي يتم بها الإغناء تختلف من حال إلى حال ومن بلد إلى بلد ومن عصر إلى عصر ، فمن الناس من لا يقتنى إلا بالتعليم والتدريب كما هو عهد زماننا كأصحاب المهن أو الحرف والصناعات ومنهم من لا يقتنى إلا إذا استحوذ على آلة حرفته ، وقد يكون ثمنها آلاف الجنيهات ، ومنهم من يكون فقره نتيجة عدم وجود فرصة عمل مناسبة له

(١) الحديث رواه الإمام البخارى في صحيحه عن ابن عباس رضى الله عنهما - فتح البارى - بشرح صحيح البخارى لأحمد بن على بن حجر العسقلانى - دار للمعرفة - بيروت - ٣٠٧/٣ .

(٢) الأموال لابی عبيد بن سلام - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - ص ٥٠٢ .

(٣) الأمسوال ص ٥٠٢ .

(٤) الأمسوال ص ٥٠٢ .

كما هو منتشر الآن في عهدنا ، ومنهم من يكون فقره في مرض يعجزه عن العمل ولا يجد ثمن علاجه ، ولهذا كان رأى السادة الشافعية أخذاً في الاعتبار اختلاف الكيفية التي يتم بها الاغتناء ، حيث قالوا يعطى للفقير والمسكين القدر الذى يخرجهما من الحاجة إلى الغنى فمن كانت عادة الاحتراف أعطى ما يشتري به حرفته أو آلات حرفته قلت قيمة ذلك أم كثرت ويكون قدره بحيث يحصل له من ربحه ما يفي بكفايته غالباً ، ويختلف هذا باختلاف الحرف والبلاد والازمان والأشخاص^(١) .

وإذا كان الأمر كذلك ، أعنى إذا كانت كيفية الإغناء تختلف باختلاف البلاد واختلاف الزمان ، فإن كيفية الإغناء في عصرنا هذا تختلف عما كان عليه الحال في زمن نزول الوحي وزمن الفقهاء المجتهدين ، ففي تلك الأزمان كان الاغتناء يتحقق بدفع مبلغ من الزكاة للفقير أو المسكين ليشتري به فاساً أو قدوماً أو آلة بسيطة ، أو ليشتري طعاماً يتجر فيه ليحصل له من ربحه ما يكفيه ، حيث كانت المشروعات الفردية هي السمة المميزة للأنشطة الاستثمارية ، ومن المعلوم أن المشروعات الفردية لاتحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة ، ولم تكن العملية الإنتاجية بالتعقيد الذى نراه الآن .

أما في عصرنا الحالى وقد ازدادت العمليات الإنتاجية تعقيداً فقد تغيرت أشكال المشروعات وانتقلت من مرحلة الفردية البسيطة إلى مرحلة التكتل والتركز وتضخمت الثروات وانتشرت الاستثمارات الجماعية وأخذت صوراً عديدة من صور التكتل والتركز واحتكك الإنتاج مما لا يفيد

(١) المجموع للنووي ١٧٥/٦ ، ١٧٦ .

معها رؤوس الأموال البسيطة ، وأصبحت جودة المنتج وانخفاض اسعاره تزداد كلما ازداد حجم التركيز في الانتاج وتنخفض كلما قل حجم التركيز .

أضف إلى ذلك أن هناك بعض المشروعات لاتقبل رؤوس الأموال البسيطة والقليلة ، فالصناعات الثقيلة ، الطائرات والقطارات والسيارات والأبنية العلمية والتتقيفية والمصحات والمستشفيات العلاجية ، وصناعات الطاقة وغير ذلك لايفيد معها مبالغ فردية ، ولكن لابد من ثروات مجمعة، ذلك أن المركز المالى للمشروع أو للشركة أو للمؤسسة كلما ارتفع كلما أمكنه الحصول على المواد اللازمة للإنتاج ، ويمكنه أيضاً زيادة حجم الانتاج مع تقليل التكلفة ، كما أن تفتيت أموال الزكاة لكل مستحق قد لا يوفر الغنى لجميعهم ، فالذى يحصل على مبالغ مالية قلت أم كثرت ستنفذ يوماً ما ويصبح صاحبها فى حاجة إلى غيرها .

هذا بالإضافة إلى أن حجم التقدم الاقتصادى فى عصرنا هذا يقاس بمدى توفر مثل هذه للصناعات الثقيلة ، ويمكننى فى هذا الخصوص أن افترض من الافتراضات مايعين على بيان أهمية هذه الدراسة ، فلو أن دولة بترولية - مثلاً - تنتج من البترول مايمكنها من شراء ماتحتاجه من سلع من العالم الخارجى ، ثم فرض عليها حصار دولى فلا هى تعطى ولا هى تأخذ شيئاً من العالم الخارجى فإذا كانت هذه الدولة لاتمتلك بداخلها من المشروعات الانتاجية التى توفر لها احتياجاتها واحتياجات افراد شعبها فسيكون مصيرها إما الهلاك والهلاك جميعاً وإما الرضوخ إلى سلطان من فرض عليها الحصار الاقتصادى ، وكلاهما أسوأ من الآخر ، فهل حينئذ يكون قولنا إن هذه الدولة غنية أم فقيرة ؟ ورغم أنها تمتلك مايوفر لها

السيادة ، فى ظل عصرنا هذا تعتبر تلك الدولة فقيرة طالما أنها لا تمتلك من المشروعات الزراعية والصناعية والتجارية ما يوفر لها اشباع احتياجات شعبها من طعام وكساء وملبس ومسكن وأدوات مهنة وحرفة ، وأداة قتال وفرصة عمل لكل طالب ، ومعهد ومدرسة ودار للشفاء وما إلى ذلك .

وربما يقال ماعلاقة هذا الافتراض بمسألة توظيف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية .

أليس فى امكان الدولة أو أصحاب الأموال أن يقيموا مثل هذه المشروعات ؟ اعترض وجهه ، ولكن الحقيقة أن أموال الزكاة جزء هام وغدير من مدخرات الأفراد القادرين إذا أبيع له أن يستخدم فى تنشيط اقتصاد الدولة ، وتوفير احتياجاتها من المنتجات وتحقيق النمو ليس ذلك من قبيل مضاعفة النفع وزيادة الثمرة وأغناء للفقير وغيره.

وربما يقال - أيضاً - كيف تطوعون الأحكام الشرعية لكى تتفق مع الواقع ، وبعبارة أخرى كيف تعتبرون الواقع حجة على الشريعة .

والجواب أن الواقع لا يكون حجة على الشريعة ، ولكن وضع الشرائع كما يقول صاحب الموافقات^(١) إنما هو لمصالح العباد فى الآجل والعاجل معاً^(٢) ، وكما يقول ابن القيم إن الله أرسل رسوله وأنزل كتبه ليقيم الناس بالقسط ، وهو العدل الذى قامت به الأرض والسموات ، فإذا ظهرت

(١) ابراهيم بن موسى المنعمى الفرنابلى للملكى لتوفى ٧٩٠هـ .

(٢) للموافقات فى أصول الشريعة لأبى اسحاق الشافعى - دار الفكر العربى ٦/٢ .

أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان : فثم شرع الله ودينه^(١) ، إذن مصالح العباد وعدل الله هو هدف الشريعة وغايتها ، فإذا تغيرت الوسيلة التى بها الوصول إلى تحقيق مصالح العباد وعدل الله فلا نقف جامدين أمام مافهمه الأولون ، بل علينا أن نقدم للإنسانية ماتحتاجه من نظم ووسائل تقربهم إلى تحقيق مصالح العباد ، وليس هذا اخضاعاً للشريعة للواقع وإنما هو مصالح العباد التى وضعت الشريعة لتحقيقها ، ليس أكثر .

لكل هذا كان بحث هذه المسألة فى ظل واقعنا الحالى أمراً ضرورياً بل وحتمياً حتى نصل إلى رأى الصواب الذى به تتحقق مصالح العباد .

ثانياً : المقصد من البحث :

يتمثل هدفنا من بحث مسألة توظيف أموال الزكاة فى مشروعات إنتاجية فى محاولة التعرف على النقاط الآتية :

١ - مدى جواز استخدام حصيلة الزكاة قبل تقسيمها على الأصناف الثمانية الواردة فى الآية الكريمة " إنما الصدقات) فى مشروعات إنتاجية .

٢ - هل يجوز أن تكون ملكية أموال الزكاة ملكية عامة لكل المسلمين فقيرهم وغنيهم ، دائنهم ومدينهم ، حاضرهم وغائبهم .

٣ - وهل من الممكن أن يكون التملك جماعياً ، بمعنى جمع كل فئة من الفئات المستحقة للزكاة فى ملكية مشروعات إنتاجية فى شكل شركات أشخاص أو شركات أموال .

(١) الطرق الحكيمة فى السياسة الشرعية - لابن قيم الجوزية - دار المدنى للطباعة والنشر ص ١٥ ، ١٦ .

٤ - مدى جواز قيام ولي الأمر باعتباره نائباً أو وكيلاً عن المستحقين للزكاة ، بإنشاء مشروعات استثمارية إنتاجية على أن يوزع العائد (الربح) على المستحقين .

تلك هي المحاور التي يدور حولها البحث هادفاً إلى معرفة الحكم الشرعي بشأنها .

تقسيم :

إن محاولة التعرف على مدى إباحة أو جواز توظيف أموال الزكاة في مشروعات إنتاجية من أجل تعظيم النفع والفائدة من حيث كون ذلك يحقق مصلحة للمستحقين ومصلحة للدولة وذلك بتوفير مايسد احتياجاتها من السلع والخدمات وتوفير فرص للعمالة العاطلة التي هي مصرف من مصارف الزكاة ، إن محاولة التعرف على ذلك وإمكانية تطبيقه شرعاً وواقعاً أمر يقتضى البحث أو الكشف عن قضايا أولية أخرى هي :

١ - ما كيفية تقسيم أو توزيع الزكاة للمستحقين (للتملك والاختصاص أو لبيان المصرف) .

٢ - هل الزكاة واجبة على الفور أو للتراخي .

٣ - هل تغنى الإباحة عن التملك في توزيع الزكاة .

٤ - هل الزكاة واجبة لمحاربة الفقر الواقع أو لمعالجة الفقر المحتمل .

أولاً : كيفية توزيع أموال الزكاة على المستحقين :

لما كان موضوع البحث يتعلق بجانب صرف الزكاة وإمكانية استثمارها قبل توزيعها على المستحقين كان واجباً علينا أن نبدأ بالكيفية

التي يتم عليها توزيع الزكاة حتى نرى ما إذا كان بالإمكان استثمار هذه الأموال قبل توزيعها أم لا ، وهل الإشارة للمستحقين في الآية الكريمة (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ...) الآية^(١) على سبيل التمليك أو لبيان المصرف.

للإجابة على ذلك نستطلع تعريف الفقهاء للزكاة ، ثم قولهم في المقصود باللام في قوله : (للفقراء ...) وذلك على التوالى :

١ - تعريف الزكاة عند الفقهاء :

أ - تعريف الحنفية :

جاء في شرح العناية على الهداية^(٢) أن الزكاة هي : اسم لفعل أداء حق يجب للمال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب .

وفي هذا التعريف نلاحظ اقتصار التعريف على فعل الأداء أى مجرد أداء الجزء الواجب ، وهذا ما أكدّه الشيخ ابن الهمام^(٣) حينما قال وفي عرف الفقهاء هو نفس فعل الإيتاء لأنهم يصفونه بالوجوب .

(١) سورة التوبة آية رقم ٦٠ .

(٢) شرح العناية على الهداية - أكمل الدين محمد بن محمود البابر - مطبوع مع فتح القدير - مصطفى الباني الحلبي ١٤٣/٢ .

(٣) فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الممام الحنفي - مطبعة مصطفى الباني الحلبي ١٤٣/٢ .

ومن ذلك نستنتج أن فعل الإيتاء أو الأداء للحق هو الواجب وبناء عليه تبرئ ذمة المزكى بمجرد قيامه بفعل الإيتاء أو بالأداء للمستحقين أو لمن ينوب عنهم ، وذلك مسألة أخرى سنناقشها بمشيئة الله تعالى في حينها.

وجاء في حاشية ابن عابدين^(١) ما يفيد أنها : تملك جزء مال عينه الشارع لمسلم فقير غير هاشمي ولا مولاة مع قطع المنفعة من كل وجه لله تعالى .

وفي هذا التعريف ما يفيد أن الزكاة تملك للجزء المخرج لمستحقه واعترض على هذا التعريف حيث لا تنخل فيه زكاة السوائم لأنه يأخذها العامل ولو جبراً فلم يوجد تملك من المزكى ، إلا أن يقال إن السلطان أو عامله بمنزلة الوكيل عنه في صرفها مصارفها وتمليكها ، أو هو وكيل عن الفقراء^(٢) ، ومن هنا نعلم بأن التملك ليس حقيقة في كل حال ، فهو كذلك حينما يتم الدفع إلى المستحقين سواء كان من المزكى أم من السلطان أو عامل السلطان الذي هو بمثابة النائب عن المزكى أو عن المستحقين ، أما قبل ذلك فلا يوجد تملك مباشر في كل الوجوه .

(١) حاشية ابن عابدين المسماة رد المختار على الدر المختار - دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع -

بيروت - ط ثانية ٢/٢ ، ٣ .

(٢) المرجع ذاته ص ٣ .

ب - تعريف للمالكية :

قال ابن عرفة الزكاة اسماً : جزء من المال شرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصيباً^(١) ، وعرفها بعضهم بأنها : اسم لقدر من المال يخرج المسم في وقت مخصوص لطائفة مخصوصة بالنية^(٢) .

وطبقاً لتعريف السادة للمالكية للزكاة نلاحظ عدم ورود لفظ التملك ضمن مفردات التعريف ، وإنما اقتصر التعريف على تحديد ماهية القدر المخرج دونما إشارة إلى التملك المباشر لهذا القدر للمستحق له ، إلا من قبيل الإشارة إلى أن هذا الجزء إنما هو لمستحقين له .

ج - تعريف الشافعية :

الزكاة عند السادة للشافعية : اسم لقدر مخصوص من مال مخصوص يجب صرفه لأصناف مخصوصة بشروط^(٣) .

وطبقاً لهذا التعريف نلاحظ اختلافاً في مفردات التعريف تختلف عما عهدناه عند الحنفية والمالكية ، حيث زاد تعريف الشافعية وجوب صرف الزكاة للأصناف المخصوصة المنصوص عليها في الآية الكريمة " إنما

الصدقات للفقراء " الآية

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر حبل للخطاب - دار الفكر - مجلد ٢ ص ٢٥٥ ، تقريرات الشيخ عيسى على حاشية الدسوقي ، دار احياء الكتب العربية ٤٣٠/١ .

(٢) مواهب الجليل ٢٥٥/٢ .

(٣) معنى المحتاج على من النهاج - الشيخ محمد الشريفي الخطيب - مصطفى الباني الحلبي ١٣٧٧هـ -

١٩٥٨م ٣٦٨/١-٢ .

د - تعريف الحنابلة :

جاء فى كشف القناع أن الزكاة هى : حق واجب فى مال مخصوص لطائفة مخصوصة فى وقت مخصوص^(١) .

وطبقاً لهذا التعريف نلاحظ اتفاقاً واضحاً مع تعريف السادة الشافعية من حيث أن القدر الواجب أو الحق كما ذكر كشف القناع إنما هو لطائفة مخصوصة ، وهو ما رأيناه فى تعريف السادة المالكية .

ومن خلال التعريفات المتقدمة للمذاهب الأربعة نجد الأتى :

١ - أن تعريف الزكاة عند الفقهاء لم تشتمل على تحديد الكيفية التى يتم بها صرف القدر الواجب إلى المستحقين ، إلا ما جاء فى كتب السادة الحنفية من أنها " تملك " وهو ما يعنى أن الصرف يكون على سبيل التملك للمستحقين ، وهو ما اعترض عليه بأن الدفع إلى ولى الأمر أو عامله لا يكون تملكاً فى الحال ، إلا على سبيل الإتيابة .

٢ - أن تعريف الزكاة عند الفقهاء وإن لم يشتمل على كيفية الصرف للمستحقين ، إلا أن كل التعريفات نصت على أن هذا الحق إنما هو لطوائف منصوص عليها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء والمساكين " الآية ، وإن للدفع إلى هؤلاء لابد أنه على سبيل التملك ، ومع ذلك فليس هناك ما يبدل على وجوب التملك المباشر للمستحقين ، بما فى ذلك تعريف الحنفية فالتمليك عندهم ركن فى

(١) كشف القناع عن متن الاتحاف للشيخ منصور بن العرسي البهوتي ، مكتبة النصر الجديدة ١٦٦/٢ .

الزكاة^(١) فهو وإن صدر التعريف بلفظ "تمليك" إلا أنه لم يخص التملك المباشر بالذكر ، بدليل جواز قبض ولي الأمر وعامله الزكاة من المزكى .

٣ - إن تعريف الزكاة عند المالكية والشافعية والحنابلة وإن لم يضمنوا تعريفاتهم لفظ التملك إلا أن مفردات التعريف اشتملت على لفظ "حق" ، هذا الحق يثبت في مال لغنى للأصناف المنصوص عليها في الآية الكريمة "إنما الصدقات" ، ودفع الحق لأصحابه لاشك أنه على سبيل التملك ، وإلا لما كان حقاً وهذا مالم يقل به أحد في الزكاة .

٤ - إن التوكيل عن المزكى في اخراج الزكاة والتوكيل عن الفقير في قبضها كلاهما جائز لأنه حق مالى تجوز فيه الإتيابة والتوكيل ، في أدائه كديون الأئمة ، كما أنه يجوز له الدفع بنفسه أو وكيله للإمام أو نائبه (العامل) الذى هو نائب المستحقين لقوله تعالى "خذ من أموالهم صدقة" ^(٢) ولأن النبى ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده كانوا يبعثون السعاة لأخذ الزكوات ، والأظهر عند الشافعية أن الصرف إلى الإمام أو عامله أفضل من تسليم المالك بنفسه لأنه أى

(١) فتح القدير - مرجع سابق ص ٢٦٧ .

(٢) سورة التوبة آية رقم ١٠٣ .

الأمم أعرف بهم وبالمصالح وبقدر الحاجات^(١) وتبرئ ذمة المالك (المزكى) بمجرد دفع الزكاة إلى الإمام أو نائبه^(٢) .

معنى اللام فى قوله تعالى " للفقراء " :

انتبهنا إلى أن الزكاة حق يثبت فى مال الغنى يجب إخراجه لمن ورد ذكرهم فى الآية الكريمة " إنا الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم "^(٣) ، وان الدفع إلى هذه الأصناف إنما يكون على سبيل التملك لأنه لو لم يكن على سبيل التملك لما كان حقاً أو زكاة ، وإذا كان الأمر كذلك فمن المناسب هنا أن نقول إن الصرف إلى الأصناف المذكورة فى الآية السابقة على سبيل الحصر فلا يدخل معهم غيرهم لأن " إنما " تفيد الحصر وهذا يقتضى نفى إعطاء الزكاة لغيرهم^(٤) فهم أى الأصناف الثمانية أهل الزكاة الذين جعلهم الشرع محلاً لدفعها إليها ، فكلما " إنما " تثبت المذكورين وتتفى مآدهم ، وكذلك تعريف الصدقات " بأل " فإنها

(١) معنى المحتاج - مرجع سابق ص ٤١٣ - ٤١٤ - المجموع شرح المهذب للشوئبى - لا يى زكربا محى الدين

ابن شرف النووي ، تحقيق محمد نجيب الخطيبى - مكتب الإرشاد - جلد ١٣٨/٦ .

(٢) الأحكام السلطانية والولايات الدينية - على بن محمد حبيب البصرى الموردي - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ط أولى ١٤٠٤ هـ ١٩٨٣ م ص ١٠٩ المجموع مرجع سابق ١٣٨/٦ .

(٣) سورة التوبة آية رقم ٦٠ .

(٤) فتح القدر ٢/٢٥٩ ، العناية على الهداية ٢/٢٦٤ ، المتقى شرح الموطأ للإمام مالك اللباني - دار الفكر العربى ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفقهاء لابن جزى المالكي ، ط أولى ١٤٠٥ هـ ، عالم الفكر القاهرة ص ١٠٥ جلد ١ ، ج ٢ ص ١٥١ ، ١٥٢ ، المهذب ١/١٧٠ ، المجموع ١/١٦٨ ، الأحكام السلطانية لابن عطى محمد بن الحسين الفراء الحنبلى - دار الكتب العلمية ، بيروت ص ١٣٢ .

تستغرقها فلو جاز صرف شيء منها إلى غير الأصناف الثمانية المذكورين في الآية لكان لهم بعضها لا كلها^(١) ، ومما يؤكد هذا ما رواه زياد بن الحرث الصدائي : قال أنبت النبي ﷺ قبايعته فأتاه رجل فقال أعطني من الصدقة فقال له إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك^(٢) ، فما لم يكن من هذه الأصناف فليس مصرفاً من مصارف الزكاة ، وعليه يمكننا القول بأن الزكاة تأخذ بقاعدة التخصيص ، بخلاف الحال في الضرائب التي لا تعرف التخصيص في الاتفاق .

إذاً فما معنى اللام ، هل تفيد التملك لجميع المستحقين أو لبيان المصرف :

إذا كانت الزكاة حقاً ثابتاً ، في مال الغنى للمستحقين في قوله "إنما الصدقات" فهل هذا الحق يثبت لهم على سبيل التشريك ، بحيث يكونون جميعاً متساويين فيه لا يميز بعضهم على بعض في القسمة أو لا ؟

قال الحنفية والمالكية والحنابلة يجوز أن يقتصر في الصرف إلى صنف واحد من الأصناف الثمانية^(٣) ويجوز تقضيل صنف على صنف^(٤).

(١) كشف القناع عن من الاتفاق للشيخ منصور بن ابراهيم البهوتي ، مكتبة النصر الحديثة ١٦٦/٢ .

(٢) رواه أبو داود في سننه ، طبعة دار الكتب العربي ٢٤٣/١ .

(٣) فتح القدير ٢٦٥/٢ ، المغنية ٢٦٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ٦٢/٢ ، مواهب الجليل للحطاب ٣٤٢/٢ ، توانين الاحكام الشرعية ابن حزم ص ١٠٦ ، كشف القناع ٢٨٧/٢ ، الاحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٣٢ .

(٤) توانين الاحكام لابن حزم ص ١٠٦ وهو رأى الامامية - المختصر النافع لابي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، ط ثانية ، مطبعة وزارة الأوقاف ص ٨٤ .

وقال الشافعية يجب الصرف إلى الأصناف الثمانية إن كان مفرق الزكاة هو ولي الأمر وإن كان المفروق هو المالك أو وكيله سقط نصيب العامل ووجب صرفها إلى الأصناف السبعة الباقية ، أى يجب أن يعم الأصناف كلها ، ولا يجوز ترك صنف منهم^(١) .

استدل الشافعية على قولهم بأن الله سبحانه وتعالى أضاف جميع الصدقات إلى المستحقين بلام التملك وأشرك بينهم بواو التشريك فدل ذلك على أنه مملوك لهم مشترك بينهم^(٢) .

واستدل الحنفية ومن معهم بأن الاضافة لبيان المصارف التي يجوز الدفع إليها لاتعيين الدفع لهم ، فإلى أيهما صرفت أجزأك^(٣) .

وقال القرطبي رحمه الله : فى قوله تعالى " للفقراء " تبين لمصارف الصدقات والمحل حتى لاتخرج عنهم ثم الإختيار إلى من يقسم ، وقال هو قول مالك وأبى حنيفة وأصحابهما ، واحتج لهم بقول الله تعالى "إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم"^(٤)

والصدقة متى أطلقت فى القرآن فهى صدقة الفرض ، وقال عليه السلام " أمرت أن أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها على فقرائكم " وهذا نص فى ذكر أحد

(١) المهذب للشرازى ١٧١/١ ، المجموع للنووى ١٦٥/١ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٠٧ .

(٢) المهذب ١٧١/١ .

(٣) فتح القدير ٢٦٥/٢ ، الصنعة ٢٦٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ٦٢/٢ .

(٤) سورة البقرة آية رقم ٢٧١ .

الأصناف الثمانية قرآنا وسنة ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عباس وحذيفة ، وروى المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش عن حذيفة في قوله " إنما الصدقات للفقراء والمساكين " قال إنما ذكر الله هذه الصدقات لتعرف ، وأى صنف منها أعطيت أجزأك ، وروى سعيد بن جبير عن ابن عباس مثله ، وأضاف القرطبي قوله : إن الأمة اتفقت على أنه لو أعطى كل صنف حظه لم يجب تعميمه فكذاك تعميم الأصناف مثله^(١) .

وسبب الخلاف كما حكاه ابن رشد^(٢) معارضة اللفظ للمعنى ، فإن اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة إذا كان المقصود به سد الخلة ، فكان تعديدهم فى الآية عند هؤلاء إنما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لا لتشريكهم فى الصدقة ، فالأول أظهر من جهة اللفظ والثانى أظهر من جهة المعنى .

ويستفاد من رأى السادة الحنفية ومن معهم من المذاهب الفقهية أنه يجوز للحاكم أو ولى الأمر أن يؤثر بعض الأصناف على بعض كما حكاه للقاضى أبو يعلى فى الأحكام السلطانية ، بل له أن يقتصر فى الدفع على

(١) الجامع لأحكام القرآن للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرح الانصارى القرطبي، دار الفند العربى ٣٠٩٣/٤ - ٣٠٩٤ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الكتب الإسلامية ٣٢٢/١ .

فرد واحد من صنف واحد كما هو في الكشاف^(١) أو فرد واحد كما هو في فتح القدير^(٢).

يقول السادة المالكية الأمر عندنا في قسم الصدقات أن ذلك لا يكون إلا على وجه الاجتهاد من الوالى ، فأى الأصناف كانت فيه الحاجة والعدد أوثر ذلك الصنف بقدر ما يرى الوالى ، وعسى أن ينتقل ذلك إلى الصنف الآخر بعد عام أو عامين أو أعوام فيؤثر أهل الحاجة والعدد حيث ماكان ذلك وعلى هذا أدركت من أرضى من أهل العلم^(٣) ، ويقول الزرقانى^(٤) فى شرح قول الإمام مالك : للخليفة أو نائبه الاجتهاد فى القدر الذى يعطى ومن الذى يعطى من الأصناف الثمانية المنصوص عليها فى الآية وبذلك تكون الآية محمولة على أنها اعلام بمن تحل له الصدقة ، وقال حذيفة وابن عباس إذا وضعتها فى صنف واحد أجزأك .

وإذا كان للحاكم حق الاجتهاد فى توزيع وصرف الزكاة على المستحقين بأن يؤثر صنف على صنف ويفضل بعض أفراد الصنف الواحد على بعض وأن يؤثر ذا الحاجة على أن يعود لبقية الأصناف فى الأعوام اللاحقة أفلا يجوز له بعد ذلك أن يبقى جزءاً من أموال الزكاة - على الأقل بعدما يؤثر أهل الحاجة والضرورة - لكى يستثمره فيما يعم نفعه ، بحيث يشارك هذا الجزء فى تنمية البلاد فيعم النفع ، فضلاً عن أنه

(١) الكشاف ٢٨٧/٢ .

(٢) فتح القدير ٢٦٥/٢ ، وهو رأى الإمامية ، للمختصر النافع ، مرجع سابق ص ٨٤ .

(٣) موطأ للإمام مالك بن أنس رضى الله عنه - دار الأوقاف بالجديدة بيروت ص ٢١٦ ، التقى شرح الموطأ للباحث - دار الفكر العربى - مجلد ١ ، ص ٢ ص ١٥١ ، ١٥٢ .

(٤) شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك - مكتبة ومطبعة الشهيد الحسينى ١٢٥/٢ .

ينمو في ذاته بريحه فيكثر ويزداد نصيب الفقراء بزيادته ، أليس هذا بأنفع للمستحقين من أن يدفع لهم مبلغاً من النقود قد يقومون بإنفاقه في فترة تطول أو تقصر ثم يرجعون في العام المقبل على ذات الصفة التي استحقوا بشأنها الزكاة ، أليست هذه وسيلة لإغناء الفقراء والمساكين ، والحاكم له حق الاجتهاد في الوسيلة التي يرى أنها أقرب إلى تحقيق المقصود ؟

إن الحكم الشرعي وهو وجوب اخراج الزكاة بعد تمام شروطها قد تحقق بدفعها للإمام أو نائبه أو عامله وبرتت نعمته بالدفع إلى أيهما كما مر ، وبقي على ولى الأمر أن يوزعها ، فإذا رأى أن الأنفع والأصلح للمستحقين في نمائها وزيادتها - بعد أن يؤثر ذا الحاجة والضرورة - الذين لا يمكنهم الانتظار - فما الذى يمنع ذلك إذا صدقت النوايا واجتمع رأى أهل الشورى على ذلك .

ثانياً : الزكاة واجبة على الفور أو على التراخي :

ربما يتبادر إلى الذهن السؤال الآتى : ماوجه الارتباط بين مسألة توظيف الزكاة في مشروعات إنتاجية وبين كونها واجبة على الفور أو على التراخي ؟ لاشك أن الحكم بمدى جواز توظيف الزكاة في مشروعات إنتاجية من عدمه يختلف في حالة ما إذا كانت الزكاة واجبة على الفور أم على التراخي ، ففي حالة القول بأن الزكاة واجبة على التراخي فعندئذ يمكننا القول بجواز ذلك دون الوقوع في حرج ، هذا بخلاف القول بوجوبها على الفور ، هذا مانراه في العلاقة بين توظيف الزكاة ووجوبها .

أما عن القول فى كيفية الوجوب ، فعند جمهور الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنبلية^(٤) والظاهرية^(٥) والشيعية الامامية^(٦) والشيعية الزيدية^(٧) : الزكاة واجبة على الفور واستكلوا على ذلك بما يلى :

١ - أن حاجة المستحقين إليها ناجزة ، والأمر بالصرف الى الفقير وغيره معه قرينة الفور ، وهى أنه لدفع حاجته وهى معجلة ، فمضى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الايجاب على وجه التمام^(٨) .

٢ - أن الأمر المطلق للفور ، بدليل أن المؤخر يستحق العقاب ولو جاز التأخير لكان إما لغاية وهو مناف للوجوب ، وإما إلى غيرها ولا دليل عليه ، بل ربما يفضى إلى سقوطها إما بموته ، أو تلف المال ، فيتضرر الفقير بذلك ، فيختل المقصود الشرعى ولأن الساعى يطلبها فكانت على الفور .

٣ - كما أنها أى الزكاة تتكرر كل عام فلم يجز تأخيرها إلى دخول مثلها^(٩) .

(١) فتح القدير - مرجع سابق ١٥٥/٢ .

(٢) مرآة الجليل للخطاب - مرجع سابق ، ص ٣٦٣ ، فتاوى والاكيل ص ٣٥٢ .

(٣) من المنهاج لأبى زكريا يضى بن شرف النووي ، معنى المحتاج للشيخ محمد الشريضى الخطيب كلاهما طبعة مصطفى البابى الحلبي ٤١٣/١ ، للذهب للشيرازى ١٤٠/١ .

(٤) كشف القناع - مرجع سابق ٢٥٥/٢ .

(٥) انظر لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم - دار الأفاق الجديدة - بيروت ٢٦٣/٤ .

(٦) المختصر النافع لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، مطبعة وزارة الأوقاف ، الطبعة الثانية ، ص ٨٢ ، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام للشيخ محمد حسن النجفى ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ط ٧ / ١٩٨١ ج ٤٣٣/١٥ / ٤٣٤ .

(٧) السبل الجوارى لشيخ الاسلام محمد بن على الشوكانى تحقيق محمود ابراهيم زاهد ، ط أول دار الكتب العلمية بيروت ١٥/٢ .

(٨) فتح القدير ١٥٥/٢ ، معنى المحتاج ٤١٣/١ .

(٩) كشف القناع ٢٥٥/٢ .

وفى رواية لبعض الحنفية أنها أى الزكاة واجبة على التراخي وهو قول أبي بكر الرازي .

واستدل على ذلك بأن مطلق الأمر - كما هو المختار فى الأصول - لا يقتضى الفور ولا التراخي بل مجرد طلب المأمور به فيجوز للمكلف كل من التراخي والفور فى الامتثال لأنه لم يطلب منه الفعل مقيداً بأحدهما فيبقى على خياره فى المباح الأصل^(١) .

وأياً ماكان رأى فى كيفية وجوب الزكاة على الفور أم على التراخي فإن المالكية أجازوا للإمام أن يؤخر توزيع الزكاة إلى الحول الثانى إذا أداه اجتهاده إلى ذلك^(٢) .

وروى هشام عن أبى يوسف قوله : إنه لا يأنم بتأخير الزكاة لأن الزكاة غير مؤقتة^(٣) . وأجاز الحنابلة تأخيرها إذا خاف من وجبت عليه الزكاة ضرراً كرجوع ساع إليه إذا أخرجها بنفسه ، أو خوفه على نفسه أو ماله لما فى ذلك من الضرر^(٤) وفى الحديث "لا ضرر ولا ضرار"^(٥) .

(١) فتح القدير ١٥٥/٢ ، ١٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ٣٦٣/٢ .

(٣) العنايه ١٥٦/٢ .

(٤) كشف القناع ٢٥٥/٢ .

(٥) حديث رواه الدارقطنى فى منته عن أبى سعيد الخدرى - نشر دار المحاسن للطباعة ، القاهرة ، ٧٧/٣ ، والامام أحمد عن ابن عباس ، وابن ماجه عن عباد - حديث حسن - الجامع الصغير للسيوطى رقم ٩٨٩٩ .

وعند الإمامية يجوز تأخير دفع الزكاة للمستحقين لعذر كانتظار المستحق وشبهه ، وإذا عزل المزكى زكاة ماله فيجوز تأخيرها شهراً أو شهرين^(١) ، وكذلك عند الزيدية^(٢) والأولى عندهما عدم التأخير .

نخلص مما تقدم إلى أن وجوب الزكاة وإن كان على سبيل الفور كما هو غالب رأى فقهاء أهل السنة والشريعة الإمامية والزيدية ، إلا أنهم جميعاً أجازوا تأخير دفع الزكاة للمستحقين إذا كان هناك عذر يمنع توزيعها ، هذا من ناحية .

ومن ناحية ثانية فإن رأى السادة المالكية واضح فى جواز ذلك للإمام حيث أداه اجتهاده^(٣) إلى ذلك ، ويعضد هذا ما جاء فى فقه الإمامية من أن الأمام أو الفقيه إذا قبض الزكاة فقد برئت ذمة المالك حتى ولو تلفت بعد ذلك^(٤) وهو رأى فقهاء أهل السنة .

وإذا كان الأمر كذلك فتخريجا عليه إذا كان من مصلحة المستحقين للزكاة أولاً ، ومصلحة عامة المجتمع للمسلم أن توظف أموال الزكاة فى مشروعات إنتاجية يعم بها النفع والفائدة فلا حرج فى ذلك ، طالما أعطى الفقهاء الحق للإمام أو ولى الأمر ذلك ، خاصة إذا علمنا بأن الفورية التى قال بها الفقهاء إنما تتحقق بمجرد قيام المالك أو المزكى بدفع زكاته لولى

(١) المختصر النافع - مرجع سابق ص ٨٢ .

(٢) السيل الجول ، مرجع سابق ١٥/٢ .

(٣) مؤلف الجليل ٣٦٣/٢ .

(٤) المختصر النافع ص ٨٤ .

الأمر أو الامام أو نائبه ، والمسئولية بعد ذلك تقع على عاتق ولى الأمر أو الامام^(١) .

فاذا كان تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة^(٢) فرعاية مصلحة الفقراء والمستحقين جميعاً من أهم مسئوليات ولى الأمر أو الحكومة فى المجتمع المسلم ، فهو بالنسبة لهم كولى اليتيم ، فإذا اقتضيت مصلحتهم أن يؤخر صرف حقهم فى الزكاة على أن يوظفها فيما يعود عليهم بعموم النفع فهذا هو عين المصلحة .

ثالثاً : الإباحة والتملك فى الزكاة :

عرفنا فيما سبق أن الزكاة حق لمن أسمتهم الآية الكريمة " إنا الصدقات للفقراء والمساكين..." " فى مال الغنى ، وهو مفاد تعريف السادة الحنابلة للزكاة ، حيث قالوا : هى حق واجب فى مال مخصوص لطائفة مخصوصة فى وقت مخصوص^(٣) . وفى البحر الزخار^(٤) ولا تجزئ الاضافة بنيتها لاعتبار التملك ولاتلحقها الإجازة أى الإباحة^(٥) .

(١) هذا هو رأى الشيخ يوسف القرضاوى - معقبش من " مناقشات مجمع الفقه الإسلامى حول توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية بلا تملك فردى للمستحق " مجلة مجمع الفقه الإسلامى - الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامى - العدد الثالث - ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م ج٣/ ٣٨٨ .

(٢) الأشياء والنظائر - الشيخ جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى - الطبعة الأخيرة مصطفى الحلبى ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٦م ، ص ١٢١ .

(٣) كشف القناع ١٦٦/٢ .

(٤) البحر الزخار - للشيخ أحمد بن يحيى بن المرتضى - دار الكتاب الإسلامى ، القاهرة ١٩٤/٣ .

(٥) عبون الزهار فى فقه الأئمة الاطهار - للإمام محمد بن يحيى المرتضى - دار الكتاب اللبنانى ط/ أول ١٩٧٥م ، ص ١٣٩ .

وهذا الحق ثبت للمستحقين على سبيل التملك الذى هو ركن عند الحنفية^(١) فهل تغنى الاباحة عن التملك ؟ بمعنى إذا أطعم المزكى اليتيم أو الضعيف الفقير أو ابن السبيل أو المولفة قلوبهم بنية الزكاة ، فهل يجوز احتساب ماأكله اليتيم أو الضيف للفقير أو ابن السبيل وغيره من المستحقين من الطعام زكاة وذلك باعتبار أنه اباحة لهم ؟

جاء فى فقه الحنفية أن الزكاة : تملك جزء مال ...^(٢) والتعبير بلفظ التملك يخرج الاباحة فلا تكفى فيها .. إلا إذا دفع إليه المطعوم ، لأنه بالدفع إليه بنية الزكاة يملكه فيصير آكلأ من ملكه ، بخلاف ما لو أطعمه معه ، وكذا تجوز الكسوة بنية للزكاة^(٣) .

كما جاء فى شرح الازهار أن مايقدمه المزكى لضيوفه للفقراء والمساكين من الزكاة بشروط :

- ١ - أن ينوى للزكاة .
- ٢ - أن تكون عين الطعام باقية كالتمر والزبيب .
- ٣ - أن يصير إلى كل واحد منهم ماله قيمة ولايتسامح بمثله .
- ٤ - أن يقبضه الفقير أو يخلى بينه وبينه مع علمه بذلك .

(١) المقدمة شرح بداية للتبلى لشيخ الاسلام برهان الدين على ابن أبى الرغيفانى ، مطبوع مع فتح القدير -

مصطفى الحلبي ٢٦٧/١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/٢ ، ٣ .

(٣) للرجع السابق ٣/٢ .

٥ - أن يعلم الفقير أنه زكاة ، لئلا يعتقد مجازاته ، ورد الجميل بمثله^(١).

وفى البحر الزخار : ومن جوز القيمة جوز صرف الخبز ، وبعضهم جوز الإضافة^(٢) .

وجاء فى فتح القدير^(٣) : رجل له أخ قضى عليه بنفقة فكساه وأطعمه ينوى به الزكاة قال أبو يوسف يجوز وقال محمد يجوز فى الكسوة لا فى الإطعام ، وفيه أيضاً : عائل يتيم أطعمه عن زكاته صح خلافاً لمحمد لوجود الركن وهو التمليك ، وهذا إذا سلم الطعام إليه ، أما إذا لم يدفع إليه لايجوز لعدم التمليك .

وجاء فى حاشية ابن عابدين : قضى عليه بنفقة ذى رحمة المحرم فكساه وأطعمه ينوى الزكاة صح عند أبى يوسف ، وقال محمد يجوز فى الكسوة ولايجوز فى الإطعام ، وقول أبى يوسف فى الإطعام ظاهر الرواية ، قلت هذا إذا كان على طريق الإباحة دون التمليك كما يشعر به لفظ الإطعام ، ولذا قال فى التاتر خائفة عن المحيط إذا كان يعول يتيماً ويجعل مايكسوه ويطعمه من زكاة ماله فى الكسوة لاشك الجواز لوجود الركن وهو التمليك ، وأما الطعام فما يدفعه إليه بيده يجوز أيضاً بخلاف ما يأكله بلا دفع إليه^(٤) .

(١) شرح الأزهري للشيخ أبى الحسن عبد الله بن مفتاح - طبعة شركة التمدن - مصر ١٤٢١ هـ .

(٢) البحر الزخار - المرجع السابق - ١٩٤/٣ .

(٣) فتح القدير - مرجع سابق - ٢٧٠/٢ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٣/٢ .

نخلص مما تقدم أن بعض الفقهاء أجاز الإطعام والكسوة بنية الزكاة، وذلك كما هو واضح عند بعض الأصحاب في فقه السادة الحنفية وبعض الزيدية أجاز اعتبار ما يقدمه المزكى لضيوفه من الزكاة بشروط سبق ذكرها ، وهذا من شأنه إفساح المجال للقول بإمكانية توظيف أموال الزكاة في إقامة مشروعات إنتاجية أو خدمية على أن تكون منتجات المشروعات الإنتاجية أو خدمات المشروعات الخدمية قاصرة على المستحقين للزكاة ، هذا فضلاً عن تملكهم لرؤوس أموال المشروعات باعتبارهم مستحقين لها ، ومما يعضد هذا ، قول : الكمال بن الهمام : وكذا إن سقط ماله من يده (أى المزكى) فرفعه فقير فرضى به جاز إن كان يعرفه والمال قائم^(١) خصوصاً وأن المستحق سيملك ما يدفع إليه سواء كان عين ما يدفع إليه أم منفعة ، فكسوة الفقراء وإطعامهم واعداد أماكن لإبناء السبيل وبناء مستشفيات لهم كل ذلك محقق للغرض الذى من أجله فرضت الزكاة ، وعليه فينبغى أن يجوز .

رابعاً : الفقر الحال والفقر المتوقع :

لما كانت الزكاة تؤخذ من الأغنياء وترد إلى المستحقين لها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ... " فهل المقصود بها هؤلاء المستحقين وقت وجوب الزكاة أى حال وجوب الزكاة أو أن المقصود بهم كل من يصير مستحقاً فى المستقبل ، بمعنى أن من كان غنياً ثم افتقر أو أصبح مديناً بعد وجوب الزكاة ، أو التحق بالمقاتلين هل يكون مستحقاً فيما وجب من الزكاة فى الأعوام السابقة ؟ .

(١) فتح القدير ٢٧٠/٢ .

الواقع أن الحال يختلف بحسب ما إذا كانت حصيلة الزكاة تفيض عن حاجة المستحقين وقت الوجوب أو لا تفيض .
ففي حالة وجود فائض بعد الدفع إلى المستحقين فحينئذ لا يمكن القول بأن من صار فقيراً أو صار مقاتلاً في سبيل الله أو مدنياً لا يكون مستحقاً في أموال الزكاة ، بل العكس هو الصحيح ، إذ لا بد من الدفع إليه باعتباره مصرفاً من مصارف الزكاة فالشرط تحقق وهو كونه فقيراً أو مسكيناً أو عابر سبيل ، والزكاة باقية ، وكون الزكاة واجبة على الفور فلا يقدح في ذلك ، لأن الزكاة تكون على الفور طالما وجد المستحقون لها ، أما إذا لم يوجدوا أو وجدوا وزانت للزكاة عن كفايتهم فلا مانع من الصرف على من وجد بعد ذلك .

أما في حالة عدم وجود فائض من أموال الزكاة ، بأن كان المستحقون لها وقت الوجوب يستفرون الحصيلة كاملة فلا مجال هنا للقول باعتبار من صار فقيراً أو مسكيناً أو مدنياً أو عابر سبيل أو مقاتلاً بأنه مستحق للزكاة لسبب بسيط وهو عدم وجود أموال الزكاة ، ولأن الدفع إليه لا يكون إلا على سبيل تأخير صرف الزكاة على المستحقين وقت الوجوب ، وهذا مناقض لوجوبها على الفور ، وعليه أن ينتظر لعام مقبل .

وبناء على ذلك تكون الزكاة حقاً للمستحقين في حال وجوبها وليس لمن يكون كذلك في المستقبل .

ومن ثم لا يمكن القول بتأخير دفع الزكاة من أجل استثمارها ودفعها إلى من يتوقع أن يكون مصرفاً من مصارفها في المستقبل ، ويعضد هذا

ماقاله الدارمى فى الاستنكار إذا أخر تفريق الزكاة إلى السنة الثانية فمن كان فقيراً أو مسكيناً أو غارماً أو مكاتباً من سنته إلى السنة الثانية خصوصاً بصدقة الماضى ، وشاركوا غيرهم فى الثانية ، فيعطون من صدقة العامين^(١) .

وهذا لا يكون صحيحاً إلا إذا كانت للزكاة حقاً للمستحقين وقت الوجوب حيث لا تكفيهم وغيرهم ، أما إذا كانت تكفيهم مع وجود فائض فقد تقدم الكلام عن هذا الاقتراض .

ولكن إذا كان الهدف من الدفع المستحقين هو اغناء الفقير والمسكين والقيام بكفاية العامل والمجاهد وفك الرقاب ودفع الدين عن المدنيين لا يتحقق فى صورة الدفع إليهم مرة واحدة ، خصوصاً عند من اشترط أن يكون الدفع بمقدار ما يكفيه العمر كله^(٢) ، فعندئذ يصعب القول بأن زكاة عام تكفى لإغناء المستحقين لها فى نفس العام كله أو حتى سنة فقط ، وعليه يكون البديل هو ماقاله الشافعية : يدفع للفقير ما تزول به حاجته من أداة يعمل بها إن كان فيه قوة ، أو بضاعة يتجر فيها حتى لو احتاج إلى مال كثير للبضاعة التى تصلح له ويحسن للتجارة فيه وجب أن يدفع إليه^(٣) .

وجاء فى المجموع شرح المهذب : قال العراقيون وكثيرون من الخراسانيين - فى قدر المصروف إلى الفقير والمسكين - يعطيان

(١) المجموع - مرجع سابق ٢٢٨/٦ .

(٢) المجموع ١٧٦/٦ .

(٣) للمهذب ١٧١/١ .

مايخرجهما من الحاجة إلى الغنى ، وهو ما تحصل به الكفاية على الدوام ، وهذا هو نص الشافعي رحمه الله ، واستدل له الأصحاب بحديث قبيصة بن المخارق الصحابي رحمه الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : " لاتحل المسألة الا لأحد ثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحطت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسه ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحطت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال مدداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلان فاقة فحطت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال مدداً من عيش ، فما سواه من ياقبيصة سحت يأكلها صاحبها محتاً " (١) .

قال الأصحاب : فمن كانت عاقبته الاحتراف أعطى ما يشتري به حرفته أو الآت حرفته ، قلت قيمة ذلك أم كثرت ، ويكون قدره بحيث يحصل له من ربحه ما يفي بكفايته غالباً تقريباً .

ويختلف ذلك باختلاف الحرف والبلاد والأزمان والأشخاص ، فمن كان يبيع البقل يعطى خمسة دراهم أو عشرة ، ومن حرفته بيع الجواهر يعطى عشرة آلاف درهم مثلاً إذا لم يتأت له الكفاية بأقل منها ، ومن كان خياطاً أو نجاراً أو قصاراً أو قصاباً أو غيرهم من أهل الصنائع أعطى ما يشتري به الآلات التى تصلح لمثله ، وإن كان من أهل الضياع يعطى ما يشتري به ضيعة أو حصة فى ضيعة تكفيه غلتها على الدوام (٢) .

(١) الحديث رواه مسلم فى صحيحه .

(٢) المجموع ١٦٦/٦ .

وإذا جاز اعطاء مستحق الزكاة القدر الذي تحصل به الكفاية - كما هو الرأي المتقدم - فطبقاً للرأى للقاتل بجواز دفع القيمة نقداً أو عيناً يجوز دفع الزكاة للمستحق في صورة سلعة كالالة والميكنة وأداة الحرفة والمهنة طالما أعطيت له على سبيل التملك ، وهذا ما قال به بعض السادة الحنفية من جواز دفع الكسوة والطعام بنية الزكاة^(١) ، وأيضاً ما قاله الشيعة من جواز اعتبار ما يقدمه المزكى لضيفوه الفقراء من الزكاة^(٢) ، وقول البعض " من جوز القيمة جوز صرف الخبز"^(٣) .

وعلى ما تقدم يمكننا القول بجواز إقامة مشروعات إنتاجية بأموال الزكاة لانتاج سلع وخدمات يتم توزيعها على المستحقين للزكاة على سبيل التملك ، وبذلك تتحقق الفائدة من عدة نواح :

١ - تحقيق مصلحة الفقير والمسكين باعطاء ما يغنيه من أدوات مهنته أو حرفته .

٢ - تحقيق مصلحة المجتمع ، وذلك من عدة نواح أيضاً :

أ - المشاركة في تنمية المجتمع عن طريق التصنيع بدلاً من اللجوء إلى الاستيراد من الخارج الذي يكلف الدولة أموال طائلة .

ب - توفير فرص العمل لطالبي العمل ، ذلك أن هذه المشروعات لا بد لها من أيدي عاملة ، وقد تكون هذه العمالة من المستحقين للزكاة فيعملون مقابل أجر أو راتب بخلاف حقهم في أموال

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٢ .

(٢) شرح الأزهار - مرجع سابق ٥٤٢/١ .

(٣) البحر الزخار - مرجع سابق ١٩٤/٣ .

الزكاة ، وإما أن يعمل بها غير المستحقين الزكاة ، فتوفر لهم هذه المشروعات فرص العمل اللازمة .

ولنا فيما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بأرض السواد وعدم تقسيمها على الغانمين وتركها في أيدي أصحابها وأخذ الخراج عليها ليستفيد منه الغانمون وغيرهم ولمن يأتى بعدهم من المسلمين سنداً قوياً في هذا الشأن ، فما فتح عنوة إما أن يقسم بين الغانمين إتباعاً لفعل الرسول ﷺ بخيبر ، وإما أن لا يقسم إتباعاً لفعل عمر - رضى الله عنه - بسواد العراق وموافقة الصحابة له^(١) .

فقد كانت المصلحة في بدء الدعوة الإسلامية عدم تقسيم أراضى خيبر لشدة الحاجة وكذلك فعل الرسول ﷺ ، وفي عهد عمر - رضى الله عنه - تغير وجه المصلحة فكان عدم التقسيم لأرض السواد هو المصلحة وكذلك فعل عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فكان واجباً^(٢) .

ج - مازاد عن كفاية المستحقين للزكاة من سلع وخدمات منتجة في هذه المشروعات تباع لغيرهم بثمن السوق فتزداد حصيلة أموال الزكاة وتتمو ، وهذا أفضل للفقراء .

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن نجيم الحنفى - دار المعرفة للطباعة والنشر لبنان ٨٩/٥ ، وكذا الانصاف في معرفة الرائج من الخلاف على مذاهب الإمام احمد بن حنبل للإمام علاء الدين أبى الحسن على ابن سليمان بن أحمد السعدى الحنبلى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٣٨٤/٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٨٢/٢ .

د - ومازاد عن حاجة المجتمع يتم تصديره للخارج ، فيساعد في أحداث التوازن في الميزان التجاري ، ومن ثم زيادة الطلب على العملة الوطنية ، فترتفع قيمتها .

٣ - هذا بالإضافة إلى أن العائد (الربح) الذي تحققه هذه المشروعات ، حيث يتم توزيعه على المستحقين للزكاة ، فتحقق لهم الغنى المقصود من الأثر الوارد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه " إذا أعطيتهم فأغنوا "(١) ومما جاء عن الشافعية قولهم " وهو ما تحصل به الكفاية على الدوام " وقولهم " بحيث يحصل له من ربحه ما يفي بكفايته تقريباً "(٢) .

ولاشك أنه إذا تحقق الغنى بالكيفية السابقة ، فإن من كان مستحقاً في هذا العام - مثلاً - سيصبح - إن لم يكن مزكياً - غير مستحق للزكاة في الأعوام اللاحقة - ، ذلك لأن رأس ماله - الذي هو حصته في المشروع الانتاجى باق ، وما يعود عليه من ربحه يغنيه عن أخذ الزكاة ، وهذا بخلاف ما لو أعطى الفقير نصيباً وهو ما قال به أبو يوسف رحمه الله (٣) - وهو أى هذا رأى مخالف لما عليه أكثر الفقهاء من أن الفقير لا يعطى عطية يصير بها من الغنى فى مرتبة من لا تجوز له الصدقة (٤) - فعلى أحسن الفروض إذا حصل الفقير على قدر النصاب من الزكاة وكانت نقوداً سائلة فى هذه الحالة سيتم اتفاق المبلغ شيئاً فشيئاً حتى ينفذ كله طال

(١) الأموال لأبي عبيد - مرجع سابق ص ٥٠٢ .

(٢) المجموع - مرجع سابق ١٧٦/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦٨/٢ ، العناية ٢٧٩/٢ .

(٤) بداية المجتهد ٣٢٥/١ .

الزمن أو قصر ، وسيصير في العام اللاحق مستحقاً للزكاة وهكذا ، ولايقدح في هذا : أن يكون بالمكان للفقير أو غيره من المستحقين للزكاة قادراً على توظيف حصته أو نصيبه في مال الزكاة على انفراد . ذلك لأن المسألة ليست تخص فرداً بعينه من المستحقين للزكاة وإنما تخص جميع المستحقين ومايراه ولي الأمر نافعاً لهم جميعاً أجبروا عليه .

ولايعترض هنا بأن هذه المشروعات ربما تتعرض لخسارة ومن ثم تضع أموال الزكاة . ذلك أن للمشروعات الفردية قد تتعرض هي الأخرى للربح والخسارة ، فربما يأخذ الفقير حصته من ضيعة أو مزرعة أو نقود ليستغلها فتتلف أو تخسر فهذا قاسم مشترك في كل الاستثمارات .

أشكال المشروعات الانتاجية التي تستثمر فيها أموال الزكاة :

إذا انتهينا إلى القول بجواز توظيف أموال الزكاة في مشروعات انتاجية (استثمارية) فما هي اشكال هذه المشروعات : هل هي مشروعات فردية أو مشروعات جماعية ، وإذا كانت للمشروعات الجماعية هي المقصودة من هذه الدراسة ، فهل هي لعامة أفراد الشعب أو لمجموعة المستحقين للزكاة ، أو لمجموعة منهم دون غيرهم ، ومن يقوم بواجب الإدارة في مثل هذه المشروعات هل هم المستحقون للزكاة أو من غيرهم ، وماهي شروط من يقوم بهذا الواجب ، وماهي أنواع المشروعات الأولى بتوظيف أموال الزكاة فيها : كل هذه تساؤلات يستدعيها المقام بحثها ودراستها .

١ - أشكال المشروعات الانتاجية :

بداءة يخرج عن نطاق دراستنا هذه مسألة المشروعات الانتاجية الفردية لأن هذه المسألة لم يخالف في جوازها أحد من فقهاء السلف والخلف ، فمستحق الزكاة طالما أخذ نصيبه نقداً أو عرضاً فقد دخل هذا المال في ملكه وله كامل الحق في أن يفعل به كيفما شاء ، وهو ما صرح به فقهاء الشافعية بقولهم " قال الأصحاب : من كانت عادته الاحتراف أعطى ما يشترى به حرفته أو الآت حرفته " (١) .

يبقى معنا بعد ذلك المشروعات الجماعية فهي مقصدنا من البحث لأسباب تقدم ذكرها ، وأهمها أن هذه المشروعات تملك القدرة على جمع الأموال الكثيرة اللازمة للمشروعات الكبرى ، وأهميتها في مجال توظيف أموال الزكاة في مشروعات انتاجية تتمثل في جمع أكبر عدد من أنصبة المستحقين في مال الزكاة واستثمارها في المشروعات الهامة والضرورية ، فبدلاً من أن يأخذ كل مستحق نصيبه ويستثمره بمفرده في مشروعات انتاجية بسيطة وضيقة فلا شك أن قدرة هذه المشروعات البسيطة والضيقة على تحقيق أهداف المجتمع تقل عن قدرة المشروعات الكبيرة صاحبة الأموال الكثيرة التي تتطلبها حاجة البلاد في تحقيق التنمية .

وإذا كان الأمر كذلك ، فالمشروعات الجماعية قد تكون ملكاً لمجموع الأمة (الملكية العامة) وقد تكون ملكاً لطائفة معينة ، فأما كونها ملكاً للمجموع (الملكية العامة) فلا شك أن هذا لا يجوز بخصوص أموال الزكاة ، لأن الزكاة ملك لطائفة المستحقين ولا تلحقها الإباحة كما عبر عن

(١) المجموع ١٧٦/١ .

ذلك فقهاء الحنفية والشيعة^(١) . كما أن القول بجعل أموال الزكاة ملكية عامة من شأنه مشاركة الأغنياء للفقراء في هذا الحق وهو لا يجوز ، فقد قال النبي ﷺ " لاصدقة لغنى ولا لذي مرة سوى " ^(٢) .

وأما كونها ملكا لطائفة معينة فحينئذ يثور التساؤل الآتي : هل يجوز توظيف أموال الزكاة لكافة المستحقين أم لبعضهم ؟ فالمستحقون للزكاة فيهم الغارم (المدين) وابن السبيل (للمسافر الذي انقطعت به السبل للوصول إلى بلده) فهل يدخل الغارم وابن السبيل والمؤلفة قلوبهم والارقاء في مشاركة الفقراء والمساكين والعاملين عليها في ملكية هذه المشروعات أو لا ؟

ولكى يمكن الاجابة على هذا التساؤل ينبغي أولاً الاجابة على التساؤل الآتي : هل للغارم (المدين) وابن السبيل والرفيق حق في مال الزكاة بعد سداد الدين وعق الرفيق والدفع إلى ابن السبيل بما يوصله إلى موطنه ؟ بالطبع لاحق لهؤلاء في مال الزكاة بعد ذلك ، إلا إذا ثبت لهم هذا الحق بصفة أخرى غير الصفة التي استحقوا بها في المرة الأولى ، وبناء على هذا إذا تم سداد الدين واعتاق العبد ورجوع عابر السبيل إلى أهله وماله فقد انقطعت صلة الجميع بمال الزكاة ولا حق لهم فيها بعد ذلك بذات الصفة .

(١) الحاشية ٣/٢ ، عيون الأذهار في فقه الأئمة الأطهار ص ١٣٨ .

(٢) حديث رواه عبد الله بن محمد ، وإعرابه أبو داود ، والترمذي والدارقطني .

وإذا كان الأمر كذلك فمال الزكاة الموظف في مشروعات إنتاجية والمقروض أنه مال مستثمر وباق - تقتصر ملكيته على الفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وكذلك الجهاد في سبيل الله ، وبعبارة أخرى : أن المدين إذا حل أجل دينه حصل على ما يكفي لسداد دينه وبذلك فلا حق له في مال الزكاة المستثمر ولا في ثمرته وكذلك العبد إذا اشترى بمال الزكاة وأعتق ، وابن السبيل إذا عاد إلى بلده - أما الفقير والمساكين والعامل والمؤلفة قلوبهم والمجاهدون فهؤلاء تستثمر انصبتهم فيملكونها وريعتها ولا حق لغيرهم فيها ، فإذا ما وجد بعد ذلك غارم أو عابر سبيل فلا حق لهم فيما سبق توزيعه على مستحقيه وينتظروا لزكاة عام لاحق ، وبناء على ذلك لا توظف أموال الزكاة لكافة المستحقين لها وقت الوجوب ، فالمدين الذي حل دينه لا يمكن تأخير دفع الزكاة إليه ، طالما كان من المستحقين وقت الوجوب .

أما إذا قسمت أموال الزكاة على الأصناف المستحقين لها ووجدت بعض الأصناف ولم يوجد بعضهم كالغارمين وأبناء السبيل ولم تكن هناك ضرورة لصرف نصيبهم إلى غيرهم من الفئات الأخرى فلا حرج في استثمار ذلك القدر ، وحينئذ يمكن أن نقيم مشروعات إنتاجية لطائفة الفقراء والمساكين ، ومشروعات للمجاهدين في سبيل الله ، على أن تكون ملكيتهم ثابتة بحسب نصيب كل فرد منهم ، فله الحق في رأس المال والربح ، وله كل الحق في أن يتصرف في حصته كيفما شاء ، شأنهم في ذلك شأن الشركاء في شركة الأموال .

٢ - من يقوم بواجب الإدارة :

لاشك أنه يصعب القول بقيام جميع الفقراء مثلاً بإدارة المشروعات التي أقيمت لهم بأموال الزكاة ، وعليه يستعاض هنا بطائفة العاملين على الزكاة للقيام بمهمة الإدارة ويعاونهم في ذلك ذوو الخبرة عن أهل الاختصاص في الشؤون الاقتصادية والمالية على أن يكونوا ممن يتحلون بصفة الامانة والتقوى والورع والعفة .

كما ينبغي توافر الرقابة الصارمة من جانب الدولة فضلاً عن الرقابة الطبيعية للمستحقين - باعتبار أن هذه المشروعات ملكاً لهم - على أعمال وتصرفات القائمين بالإدارة .

٣ - المشروعات التي لها أولوية في توظيف أموال الزكاة :

كل استثمار لايشتمل على تصرف محرم كالتعامل بالربا أو المقامرة يجوز توظيف أموال الزكاة فيه كالصناعة والزراعة والتجارة طالما كان المنتج مباحاً ، فمجال الصناعة حلال ولكن صناعة الخمر محرمة ، ومجال الزراعة حلال ولكن زراعة المخدرات محرمة وهكذا في التجارة ، وعليه فكل مجال لايشتمل على شئ محرم فلا بأس بتوظيف أموال الزكاة فيه .

ولكن لما كانت أموال الزكاة ذات طبيعة خاصة فهي ليست مدخرات فائضة عن الحاجة الأصلية وإنما المقصود من توظيفها إطالة أمد الانتفاع بها لأصحابها ولذلك فهي تتطلب أن يكون العائد سريعاً فلا يتأخر عائدها عاماً مثلاً ، لهذا يفضل أن تكون المشروعات التي توظف أموال

الزكاة فيها مشروعات تجارية ، وكذلك المشروعات الخدمية التي يحتاج إليها المجتمع كالمصحات ودور العلم للفقراء ودور الأيتام وما إلى ذلك .

هذا والله أعلم ،،،

الخاتمة

وبعد فهذا عرض مفصل لمسألة توظيف الزكاة في مشروعات انتاجية ، أردت من خلاله التعرف على حكم توظيف أموال الزكاة في مشروعات انتاجية قبل تفريقها أو توزيعها على المستحقين لكي تظل ملكية أموال الزكاة للمستحقين على أن يتم استثمارها لمصلحتهم ولحسابهم ، فيستفيد المجتمع من وراء استثمار هذه الأموال وتنمو أموال الزكاة بعائد الاستثمار ، وعليه فقد جاءت نتائج البحث كالآتي :

(١) ان مسألة توظيف الزكاة في مشروعات انتاجية وان لم يقل به أحد من فقهاء المذاهب صراحة الا أنه لم يقل أحد بمنعه أو بعدم جوازه كما في قولهم بأن توزيع أو تقسيم أموال الزكاة على المستحقين واجب على الفور انما يكون في الحالات التي لاحتتمل التأخير أو الانتظار هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فان الزكاة اذا تم دفعها من المزكى (وهو الواجب على الفور) فانها تدخل في يد ولي الأمر ، وتبرئ ذمة المزكى بمجرد دفعها ، ولولى الأمر أن يفعل بها ما يؤدي الى تعظيم النفع اذا ولاها أهل الورع والنقوى والخبرة وحسن التصرف فيها .

(٢) ان توظيف الزكاة واستثمارها في مشروعات انتاجية لا يمنع المستحقين لها من تملك عين المال ، فهي وان كانت في غير

حوزتهم إلا أنها تداخل في ملكيتهم ، ولكل منهم الحق في التصرف في حصته ، ولا حرج في ذلك فهو يتصرف في مطلق حقه .

(٣) لأجل هذا يكون توظيف أموال الزكاة في مشروعات إنتاجية قبل توزيعها لمستحقيها أمر جائز ولا يتعارض مع نصوص الكتاب أو السنة .

(٤) يكون توظيف أموال الزكاة في مشروعات إنتاجية تتمتع بانخفاض درجة المخاطرة بقدر الامكان حتى يتم المحافظة على حقوق الفقراء ، وذلك كالأعمال التجارية سريعة العائد .

(٥) يجب أن يتوفر فيمن يتولى إدارة هذه الأموال أن يكون ثقة بين الناس وعفيفاً ومستغنياً .

محتويات المجلة

رقم البحث	عنوان البحث	إسم الباحث	الصفحة
١	الإجماع كمصدر من مصادر التشريع الإسلامى	د./ محمد غيد السميع فرج الله	من ١١ الى ٦٧
٢	بحوث فى العام عند الأصوليين	د./ منتصر محمد عبد الشاقى	من ٦٩ الى ١٨٣
٣	حجية عمل أهل المدينة عند الاصوليين..	د./ مدحت مصطفى	من ١٨٥ الى ٢٦٢
٤	توظيف الزكاة فى مشروعات إنتاجية	د./ حسين على منازع	من ٢٦٤ الى ٣٠٨

